Das elterliche Recht auf Herausgabe der Kinder

nach gemeinem Recht
und Bürgerlichem Gesetzbuch.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Juristen-Fakultät der Landes-Universität Rostock

vorgelegt

von

Fritz Eckard

Referendar

aus **Preetz** in **Holstein.**

ACAD. LIBRARY RUBL

Rostock.

Universitäts-Buchdruckerei von Adler's Erben.

1900.

Verzeichnis der benutzten Litteratur.

I. Über das gemeine Recht.

Behrend, Lehrbuch des Handelsrechtes, 1. Bd. zweite Lieferung. Berlin und Leipzig 1881.

v. Bethmann-Hollweg, der römische Civilprocess, Bd. 2. Bonn 1865.

Brinz, Lehrbuch der Pandekten, 3. Bd., 2. Aufl. Erlangen und Leipzig 1889.

Burchardi, das gemeinrechtliche Erziehungsrecht, im Archiv für die civilistische Praxis, Bd. 8. Heidelberg 1825.

Busch, Archiv für Theorie und Praxis des allgemeinen Deutschen Handels- und Wechselrechts, Bd. 29. Berlin 1874.

v. Claparède, de vindicatione personarum dissertatio inauguralis. Berolini 1865.

Demelius, die Exhibitionspflicht. Graz 1872.

Dernburg, Pandekten Bd. 1 und 3, 3. Aufl. Berlin 1892.

Entscheidungen des Reichsgerichtes in Civilsachen, Bd. 21. Leipzig 1888. Bd. 10. Leipzig 1884. Bd. 18. Leipzig 1887.

Entscheidungen des Reichs-Oberhandelsgerichtes, IX. Bd. Stuttgart 1873.

Förster, Preussisches Privatrecht, bearbeitet von *Exius,* Bd. 4, 7. Aufl. Berlin 1897.

Glück, Ausführliche Erläuterungen der Pandekten nach *Hellfeld,* Bd. 2. Erlangen 1800. Bd. 26. Erlangen 1824. Serie der Bücher 43/44, Bd. I—V.

Göschen, Vorlesungen über das gemeine Civilrecht, Bd. 3. Göttingen 1839.

Karlowa, Römische Rechtsgeschichte, II. Bd. Leipzig 1893.

Kraut, die Vormundschaft nach den Grundsätzen des Deutschen Rechtes, Bd. 2. Göttingen 1847.

Lenel, das edictum perpetuum. Leipzig 1883.

Mayer, duplex dominium, in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, Bd. 8. Berlin 1835.

Muther, Sequestration und Arrest im Römischen Recht. Leipzig 1856.
v. Roth, System des deutschen Privatrechts, zweiter Teil, Familienrecht. Tübingen 1881.
Roth und *v. Meibom,* Kurhessisches Privatrecht, Bd. 1. Marburg 1858.
Sarwey, über das Recht zur Erziehung der Kinder bei getrennter Ehe, im Archiv für die civilistische Praxis, Bd. 31. Heidelberg 1848. Fortsetzung in Bd. 32. Heidelberg 1849.
v. Savigny, System des heutigen Römischen Rechtes, Bd. 5. Berlin 1841.
Schmidt, praktisches Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden, neunte Ausgabe. Jena 1845.
Stölzel, das Recht der väterlichen Gewalt in Preussen. Berlin 1874.
Schmidt, das Interdiktenverfahren der Römer. Leipzig 1853.
Seuffert, Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten, Bd. 31 (neue Folge erster Band). München 1876. Bd. 25. München 1872. Bd. 1. München 1847.
Sintenis, das praktische gemeine Civilrecht. Bd. 3., Aufl. 3. Leipzig 1869.
Sintenis, Erläuterungen über verschiedene Lehren des Civilprocesses, zweites und drittes Heft. Giessen 1840.
Sohm, Institutionen des Römischen Rechtes, 4. Aufl. Leipzig 1891.
Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts, Bd. 4, 1. und 2. Aufl. Berlin 1884.
Strippelmann, neue Sammlung bemerkenswerther Entscheidungen des Ober-Appellations-Gerichtes zu Kassel, Bd. 4. Kassel 1846.
Thomas, System aller fuldischen Privatrechte, 2. Bd. Fulda 1789.
Unger, der Process mit dem vindex bei der manus iniectio, in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte, Bd. 7. Weimar 1869.
Wendt, das Faustrecht oder Besitzverteidigung und Besitzverfolgung, in Jherings Jahrbüchern, Bd. 21 (neue Folge, IX. Band). Jena 1883.
Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 2, 7. Aufl. Frankfurt a. M. 1891.

II. Litteratur über das Bürgerliche Gesetzbuch.

Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 3.—5. Aufl. 11.—12. Lieferung, 2. Bd., zweiter Teil. Familienrecht. Berlin 1900.
Exius, Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, herausgegeben von *Rassow, Küntzel* unter redaktioneller Mitwirkung von *Exius:* Elterliche Gewalt und Vormundschaft im Entwurf eines B. G. B., 5. Folge, 4. und 5. Heft. Berlin 1896.

Fränkel, das Familienrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Hannover 1898.

Haidlen, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, 3. Bd. Stuttgart 1897.

Knitschky, das Rechtsverhältnis zwischen Eltern und Kindern nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Berlin 1899.

Lehmann, das Bürgerliche Recht, 2. Bd., 2. Lieferung: Familienrecht. Marburg 1899.

Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, Bd. IV: Familienrecht. Amtliche Ausgabe. Berlin und Leipzig 1888.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfes des Bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. 4. Berlin 1897.

Matthiass, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechtes, dritte Aufl., II. Bd. Berlin 1900.

Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 7. Lieferung (II. Bd., 2. Lieferung). Berlin 1899.

Scherer, Familienrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. B. G. B., IV. Buch, §§ 1297—1921. Erlangen 1899.

Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche. 6. und 7. Lieferung, Bd. IV, §§ 1656—1921, München 1899.

Weyl, Vorträge über das Bürgerliche Gesetzbuch, Bd. 2. München 1900.

Inhaltsübersicht.

Seite

Einleitung 1

1. Abschnitt.

Umgrenzung des Begriffes „Kinder“ im Sinne der Aufgabe 1

2. Abschnitt.

Grundlagen und Wesen des elterlichen Rechtes auf Herausgabe der Kinder.

A. Im römischen Recht

I. Wesen und rechtshistorische Entwicklung der patria potestas 2

II. Stellung der Mutter 7

B. Im gemeinen Recht und Bürgerlichen Gesetzbuch

I. Das elterliche Recht auf Herausgabe beim Zusammenleben der Ehegatten 8

1. Im gemeinen Recht 8

2. Im Bürgerlichen Gesetzbuch 11

II. Das elterliche Recht auf Herausgabe nach Trennung der Ehe

1. Nach thatsächlicher Trennung 12

2. Nach vom Recht anerkannter Trennung 13

a. Durch Tod eines Ehegatten 13

α. Nach gemeinem Recht 13

β. Nach Bürgerlichem Gesetzbuch 14

b. Durch Scheidung und was dem gleich steht

α. Nach gemeinem Recht 15

β. Nach Bürgerlichem Gesetzbuch 22

c. Während des Scheidungsprocesses

α. Nach gemeinem Recht 23

β. Nach Bürgerlichem Gesetzbuch 24

III. Eingreifen der Obrigkeit in das Recht auf Herausgabe

1. Nach gemeinem Recht 25

2. Nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch 25

3. Abschnitt.

Die Geltendmachung des Rechtes auf Herausgabe des Kindes.

Seite

A. Im römischen Recht
I. Die praeiudicia 27
II. Die vindicatio adiecta causa
1. Die causa adiecta im allgemeinen 28
2. Die causa adiecta in diesem Falle 30
III. Die interdicta de liberis exhibendis und ducendis und ihr Verhältnis zu einander 35
B. Die Geltendmachung im gemeinen Recht und im B. G. B. 38

4. Abschnitt.

Einreden gegen das geltendgemachte elterliche Recht auf Herausgabe der Kinder.

A. Aus der Beendigung der väterlichen, beziehungsweise elterlichen Gewalt 39
B. Einreden gewisser naher Familienmitglieder
I. Des Ehemanns der Tochter
1. Im römischen Recht 41
2. Im gemeinen Recht und im B. G. B. 42
II. Der Mutter
1. Im römischen Recht 42
2. Im gemeinen Recht 43
3. Im Bürgerlichen Gesetzbuch 44
C. Unzulässige Einreden
I. Einrede der Verjährung 44
II. Einrede eines Dritten aus dem Interesse des Kindes . 45
III. Einrede eines Retentionsrechtes am Kinde 45
IV. Einrede des freiwilligen Aufenthaltes des Kindes . . 46
V. Einrede eines entgegenstehenden Vertrages
1. Im gemeinen Recht 49
a. Vertrag der Eltern mit einem Dritten . . . 49
b. Vertrag unter den Ehegatten 52
2. Diese Einreden im Bürgerlichen Gesetzbuche . . 52

Anhang: Anmerkungen, auf welche durch Zahlen im Text verwiesen ist 54

Einleitung.

Das gemeine Recht ist entstanden auf römisch-rechtlicher Grundlage, welche durch deutschrechtliche Bestimmungen und durch Gewohnheitsrecht vielfach modificiert worden ist. Alle Codifikationen, auch das Bürgerliche Gesetzbuch, sind, wenn nicht ausschliesslich, so doch in sehr wesentlichen Bestandteilen aus der Wurzel des römischen Rechtes herausgewachsen. Es ist daher zur Untersuchung einer rechtswissenschaftlichen Frage, sie sei gemeinrechtlich oder sie betreffe eine Bestimmung des B. G. B. unerlässlich, auf die römischrechtliche Grundlage zurückzugehen.

1. Abschnitt.

Umgrenzung des Begriffs „Kinder" im Sinne der Aufgabe.

Es ist zunächst wesentlich festzulegen, was unter „Kindern" im Sinne des Themas zu verstehen ist. Nach dem Wortlaut der Aufgabe sind nur Kinder gemeint, betreffs derer ein elterliches Recht auf Herausgabe besteht, also nur solche, welche Eltern im Rechtssinne haben. Es scheiden demnach zunächst die unehelichen Kinder aus, denn sie haben civilrechtlich keine Eltern, sie stehen nur zur Mutter in familienrechtlicher Beziehung. Wenn der Vater auch alimentationsverpflichtet ist, so wird doch zwischen ihm und seinem natürlichen Kinde ein familienrechtliches Verhältnis nicht begründet. Ein solches hat nie bestanden, weder im römischen

noch im deutschen Recht, noch besteht es im gemeinen Recht und im B. G. B. (§ 1705 ff.)

Weiterhin gehören die Adoptivkinder des römischen Rechtes nicht in den Rahmen unserer Aufgabe, denn in Rom gab es familienrechtliche Beziehungen immer nur zwischen Adoptivvater und Adoptivkind und ausnahmsweise zwischen einer Adoptivmutter und einem Adoptivkinde. Die Ehegatten konnten nicht zusammen adoptieren. Es entstand also niemals durch die Adoption ein elterliches, sondern nur ein väterliches oder mütterliches Recht. Im gemeinen Recht und im B. G. B. ist die gemeinschaftliche Adoption der Ehegatten zugelassen. (Dernburg, Bd. 3, S. 59, B. G. B. § 1749.) Die Adoptivkinder mithin, welche auf diese Weise adoptiert werden, sind Kinder im Sinne unserer Aufgabe.

Ein elterliches Recht an den Kindern wird aber vor allem durch die Geburt derselben in rechtsgültiger Ehe begründet, dann auch durch Legitimation (B. G. B. § 1719) unehelich geborener Kinder durch nachfolgende Ehe der unehelichen Eltern: legitimatio per subsequens matrimonium, und endlich durch rescriptum principis auf Antrag des ausserehelichen Vaters (B. G. B. § 1723).

2. Abschnitt.

Grundlagen und Wesen des elterlichen Rechtes auf Herausgabe des Kindes.

A. Im römischen Recht.

I. Wesen und rechtshistorische Entwicklung der patria postestas.

Im römischen Recht charakterisiert sich das elterliche Recht auf Herausgabe vermöge der exorbitanten rechtlichen Gestaltung der patria potestas als vorwiegend väterliches Recht.

l. 1 pr. D. 43, 30: Qui, quaeve in potestate Lucii Titii est, si is eave apud te est . . . . . ita eum, eamve exhibeas. Die patria potestas wird hier also als der Grund bezeichnet, vermöge dessen das Recht auf Herausgabe der Kinder dem Vater gegeben ist. Es zeigt sich nun für die Rechtsfragen, welche sich an dieses Recht der Herausgabe knüpfen werden, von erheblicher Wichtigkeit, das Wesen der patria potestas, als der Grundlage des Rechtes auf Herausgabe, zu untersuchen, besonders unter Berücksichtigung der Frage: Bedeutete die patria potestas zugleich ein Eigentumsrecht des Vaters an den Kindern, auf Grund dessen er das Recht der Herausgabe besass?

Die väterliche Gewalt im älteren römischen Recht charakterisierte sich als eine unumschränkte Herrschaft des pater familias über seine Hauskinder. Lediglich das persönliche Interesse und der eigene Wille des Hausvaters setzte der Ausübung seines Rechtes Schranken. Ob man diese ausserordentliche Gewalt des Hausvaters über seine Kinder für vollkommenes Eigentumsrecht über dieselben hält — er konnte die Kinder beliebig verkaufen, ja er hatte sogar das Recht über Leben und Tod —, oder ob man das Verhältnis des Vaters zu seinen Kindern als ein dem Eigentum nahe verwandtes und sehr ähnliches auffasst, aber ein wirkliches Eigentumsrecht leugnet (Burchardi im A. f. c. P., Bd. 8, S. 176; Brinz S. 594; Muther S. 214), so herrscht doch darin Übereinstimmung, dass die Schranken, welche der väterlichen Gewalt vom Rechte gezogen oder vielmehr nicht gezogen wurden, keineswegs enger waren, als die des Eigentums. Unseres Erachtens streitet man nur, weil man sich scheut, die ungeheuren Befugnisse, welche der Vater über seine Kinder hatte, direkt „Eigentum“ zu nennen, da solches nur über Sachen bestehe. Aber waren die Kinder für den Vater

rechtlich etwas anderes als Sachen? Es scheint uns daher zu weit zu gehen, wenn man diesem Streite eine solche inhaltliche Tiefe giebt, dass man den Vertretern der Ansicht, das ius vitae et necis gehe aus dem Eigentumsrecht des Vaters an seinen Kindern hervor, die Meinung aufzwingt, „sie müssten eigentlich die alten Römer für Kanibalen erklären." (Burchardi, S. 176. Anm. 46.) Mag die Berechtigung, die Kinder zu töten, aus der patria potestas oder aus dem mit der väterlichen Gewalt identificierten Eigentumsrechte sich herleiten, in beiden Fällen können die Gründe der Tötung des Kindes andere sein, als es zu verzehren; man denke z. B. an den Tod der Virginia, die durch ihren Vater Virginius ermordet wurde, um sie nicht in die Hände des Claudius fallen zu lassen. Die Ursachen dieser mit so gewaltigen Machtbefugnissen ausgestatteten patria potestas des älteren römischen Rechtes ergeben sich aus der Entwicklung des römischen Staatswesens überhaupt und in dieser Entwicklung liegt zugleich der Grund einer späteren Abschwächung der väterlichen Gewalt. (Glück 2 § 135)

Als Rom seine künftige Weltmachtstellung erst zu erringen sich bestrebte, fanden die Römer eine Gewähr ihrer zukünftigen Grösse in einer möglichst straffen Organisation der Familie, indem sie von dem richtigen Gesichtspunkte ausgingen, dass die Familie die Grundlage des Staates bilde.

Zu diesen Zeiten war das römische Staatswesen noch nicht ausgebaut, das Gerichtswesen war nicht ausreichend zur Rechtssicherheit, die Einrichtung der Polizei bot ebenfalls nicht genügende Gewähr, so erklärt sich die Thatsache, dass der römische pater familias im Kreise seiner Familie diese Funktionen ausübte und ihm diese unumschränkte Macht über seine Familienmitglieder gegeben war. Diese Machtbefugnisse des Vaters fand der Staat einmal unbedenklich in Anbetracht der natürlichen

Liebe des Vaters (Glück 2 § 135), die ihn im allgemeinen vor Ausschreitungen bewahren würde, dann widerstrebte dieses Institut aber auch nicht der noch roheren Moral.

Der römische Staat wuchs heran. Als die Weltmachtstellung erreicht war, als das Staatsgebäude nach aussen und in seiner inneren Einrichtung fertig war, da war kein Bedürfnis mehr für diese exorbitante Gestaltung der patria potestas, welche zugleich mit dem verfeinerten sittlichen Bewusstsein in Widerspruch sich befand. Es war also natürlich, dass die väterliche Gewalt eine Abschwächung erfuhr. Diese kam selbstverständlich nicht plötzlich, sondern im Laufe der Entwicklung des römischen Staates wurde die patria potestas mehr und mehr beschränkt.

So hat sich zur Zeit des Kaisers Alexander Severus das Recht über Leben und Tod zu einem Züchtigungsrechte abgeschwächt: l. 3 C. de patr. potest.: si filius tuus in potestate tua est, res acquisitas tibi alienare non potuit. Quem, si pietatem patri debitam non agnoscit, castigare iure patriae potestatis non prohiberis.

Es würde aber unseres Erachtens zu weit gehen, wollte man, wie Mathiass, Bd. II, S. 337, sagen, dass das Recht des Vaters über die Person schon im Justinianischen Recht „zum Erziehungsrecht abgeschwächt" sei, dem widerstreitet l. 2 C. de patribus, qui filios suos distrax . . (Glück 2 S. 246), wonach der Vater, dem im allgemeinen das Recht die Kinder zu verkaufen, genommen ist, doch noch im Fall äusserster Not neugeborene Kinder veräussern darf.

Immerhin aber war es in diesem späteren römischen Recht mit der sich entwickelnden Moral unverträglich, die Gewalt des Vaters über die Kinder fernerhin als Eigentum aufzufassen. Ein dem Eigentum ähnliches Verhältnis blieb jedoch bestehen,

das geht aus einer Äusserung des Paulus l. 2, § 2, D. 43.1. hervor. Sed et illa interdicta . . . . . veluti proprietatis causam continent. Item illa de liberis exhibendis, quae iuris tuendi causa diximus competere. Danach also ist der Grund des Rechtes auf Herausgabe der Kinder die väterliche Gewalt, welche kein Eigentum, sondern nur ein dem Eigentum analog gebildetes Recht über die Kinder bedeutet, eine „velutiproprietas" (Muther S. 215). Wäre das erwähnte Rechtmittel zum Schutz eines Eigentumsrechtes gegeben, so würde Paulus sich wohl nicht bedacht haben, dieses „ius" (Muther S. 216), welches geschützt werden solle, auch mit dem Namen domnium oder proprietas zu bezeichnen.

Wenn trotzdem behauptet wird (Göschen S. 239), die väterliche Gewalt bedeute ein Eigentumsrecht ohne dass ein Beweis für diese Behauptung erbracht wird, so stimmt das nicht zum Wortlaut der citierten Stelle, welche ausdrücklich nur von einer „veluti proprietas" spricht.

Ebenso wie kein Eigentum am Kinde gegeben ist, so ist auch ein Besitz an demselben nicht möglich, auch nicht eine „Art Besitzesrechtes" aus dem man ein Recht auf Herausgabe ableiten könnte (Brinz S. 594). Wenn dieses bewiesen werden soll (Brinz S. 594, Anm. 3) aus Worten wie: mater sit quae retinet — in retinendo eo potior erit — in quoshabet ius ductionis — so erscheint uns das als kein hinreichender Beweis. Denn „retinere" und „ducere" setzt unseres Erachtens auch nicht eine Art Besitzesrechtes" voraus: wir können Menschen, welche in durchaus keinem Abhängigkeitsverhältnis zu uns stehen „retinere" und „ducere" und wir werden nie auch nur von einer „Art Besitz" sprechen können. Im Gegenteil in den Interdikten, deren Gegenstand ein freier Mensch ist, finden sich gerade

die Worte „retinere“ „apud aliquem esse“ für das „Haben“ anstatt der Bezeichnungen, welche für den Besitz oder eine Art Besitz üblich zu sein pflegen (Demelius S. 246, Anm. 2).

Man meint ferner, dass die eben citierten Interdikte possessorischer Natur seien, was so viel heissen will, dass das Recht auf Herausgabe der Kinder ein Besitzesrecht an denselben voraussetzte, welches durch die Interdikte geschützt würde (Schmidt, Klagen und Einr., S. 208). Diese Meinung mag insofern nahe liegen, weil die Interdikte grösstenteils Besitzfragen regeln, aber das interdictum de lib. exhib. regelt eine solche nicht, da im Besitz am freien Menschen unmöglich ist; l. 23, § 2, D. 41, 2: si vinxeris liberum hominem, eum te possidere non puto (Sarwey 32, S. 23).

II. Stellung der Mutter.

Aus den vorhergehenden Erörterungen ist zu sehen, dass das Recht auf Herausgabe der Kinder ein Ausfluss der in der väterlichen Gewalt enthaltenen Befugnisse ist. Wir erkennen als Eigentümlichkeit der römischen patria potestas, dass der Mutter weder bei Lebzeiten noch nach dem Tode des Ehemannes ein nennenswerter rechtlicher Einfluss auf die Kinder, kraft eigenen Rechtes zustand. Ihr Verhältnis zu denselben beruhte auf rein sittlichen und natürlichen Grundlagen (Burchardi S. 162). Nach diesen Grundsätzen des ius naturale l. 1. § 3 D. 1—1 gebührte allerdings ihr sowohl wie dem Vater ein ius educationis, ein Erziehungsrecht, dasselbe wurde aber von der väterlichen Gewalt vollkommen absorbiert, dergestalt, dass auf den Vater neben allen andern Rechten auch das ius educationis überging. Vermöge seiner patria potestas hatte der Vater dieses Recht auf Herausgabe seiner Kinder gegen jeden Dritten, der sie ihm vorenthielt auch

gegen die Mutter, (siehe jedoch 4. Abschnitt B. II. 1.) c. 1, 2, 3 C. 8.8 scheint allerdings auch ihr ein Recht auf Herausgabe der Kinder zu gewähren, und man ist vielleicht berechtigt, daraus abzuleiten, dass das natürliche ius educationis der Mutter hier zum Durchbruch gelangt, denn von einer potestas auf Seiten der Mutter auch nach dem Tode des Vaters ist keine Rede im römischen Recht. § 3 I. 1, 9. de patr. pot. Nach dem Tode des Inhabers der väterlichen Gewalt befand sich das Erziehungsrecht in den Händen der Obrigkeit, welche den Erzieher bestimmte und nach der Anordnung der l. 1 C. 5. 49 zu verfahren hatte: educatio pupillorum tuorum nulli magis quam matri eorum si non vitricum eis induxerit committenda est. — Aus dem Wort „committenda" erhellt schon genügend, dass der Mutter nicht ipso iure die Erziehung zustand, sondern dass sie ihr erst „anvertraut" werden musste. „Wenn gleich auch nach dem neueren römischen Recht der Mutter einige Gewalt über ihre Kinder beigelegt wird, so war doch diese in der That nur Schattenwerk" (Glück, Bd. 2, S. 258).

Von einem elterlichen Recht auf Herausgabe der Kinder kann also im römischen Recht deswegen nicht die Rede sein, da das elterliche Recht sich als Recht des Vaters darstellte und die Mutter bei Lebzeiten des Vaters völlig zurücktrat.

B. Grundlagen und Wesen des elterlichen Rechtes auf Herausgabe im gemeinen Recht und im B. G. B.

I. beim Zusammenleben der Ehegatten.

1. im gemeinen Recht.

Beruhte im römischen Recht das Recht der Herausgabe auf der patria potestas — sowohl im älteren römischen — als auch im justinianischen Recht — und zwar derart, dass nur von einem

väterlichen nicht von einem elterlichen Rechte der Herausgabe die Rede sein konnte, so sehen wir erst im gemeinen Recht ein solches elterliches Recht entstehen. Dieses hat seine Grundlage in einem beiden Eltern gemeinsamen Erziehungsrecht. Dieser Begriff des gemeinsamen Erziehungsrechtes hat erst durch das deutsche Recht seine Gestaltung erhalten.

War auch im späteren römischen Recht die patria potestas wesentlich in ihrer Machtentfaltung beschränkt worden, so konnte man doch einmal noch nicht von einer Abschwächung zum blossen Erziehungsrecht reden, wie wir oben schon hervorgehoben haben, dann aber war und blieb das Recht über die Person des Kindes bei Lebzeiten der Eltern immer ein ausschliesslich väterliches.

Das gemeinrechtliche beiden Eltern gemeinsame Erziehungsrecht kann also nur deutschen Ursprunges sein (Stölzel S. 21) und nicht als Ausfluss der patria potestas angesehen werden. Die Quelle, aus welcher dieses gemeinsame Erziehungsrecht entstanden ist, ist das deutschrechtliche Institut des mundium.

Das Kind stand nach deutschen Rechtsanschauungen unter dem Schutz und in der Pflege des Vaters. Waren auch ursprünglich der Mutter so gut wie gar keine rechtlichen Befugnisse eingeräumt (Stobbe S. 304, 305), so lag es doch in der Natur dieses Rechtsinstitutes begründet, dass bald der Mutter ein Anteil am Erziehungsrechte gegeben wurde. Da ja in der Hauptsache das mundium die Schutzbedürftigkeit des Kindes zur Grundlage hatte, so wurde das Interesse desselben durch die auch rechtliche Beteiligung der Mutter an der Erziehung — thatsächlich übte sie natürlich, wie auch im römischen Recht immerhin einen nicht zu unterschätzenden Einfluss auf die Erziehung aus — nicht unerheblich gefördert.

Dieses Recht der Mutter wird vielfach als mütterliche Gewalt bezeichnet und es herrscht Streit darüber (Kraut II, S. 684, 685) ob dieselbe als ein der patria potestas analoges Institut des deutschen Rechtes aufzufassen ist. Es ist unwesentlich (Stobbe S. 306. 307), ob man die Befugnisse der Mutter unter diesem Namen begreift, die Hauptsache ist, dass ihr im deutschen Recht Befugnisse eingeräumt sind, die das römische Recht ihr nicht gab, und diese charakterisieren sich nur als ein mütterliches Erziehungsrecht.

Es geht aber zu weit, wenn man die dem Erziehungsrechte zu Grunde liegende Rechtsstellung des Vaters, resp. der Mutter dem Kinde gegenüber als „Vormundschaft" (Kraut II, S. 586 ff) bezeichnet. Nach unserem Sprachgebrauch verstehen wir unter dem Begriff der Vormundschaft ein nur das Interesse des schutzbedürftigen, elternlosen Kindes berücksichtigendes Rechtsinstitut. Die Stellung der Eltern dem Kinde gegenüber ist aber für dieselben auch mit Vorteilen, besonders hinsichtlich der Vermögensverwaltung, verbunden, Vorteile, welche der Vormund nicht geniesst.

Man kann nur sagen, dass das Rechtsverhältnis zwischen Eltern und Kindern eine „vormundschaftliche Grundlage" hat (Matthiass S. 337). Das Erziehungsrecht ist die Seite der väterlichen resp. mütterlichen Rechte, aus welcher das Recht auf Herausgabe der Kinder fliesst (Stölzel S. 21) und welche daher in den folgenden Erörterungen noch häufig Erwähnung finden wird.

Während des Bestehens der Ehe üben beide Eltern also gemeinschaftlich das Recht der Erziehung aus, aber der Vater nimmt doch der Mutter gegenüber eine einflussreichere Stellung ein, indem er seinen Willen im allgemeinen zunächst zur Geltung zu bringen das Recht hat. Mag man dieses Ueber-

wiegen des väterlichen Willens als eine Reminiscenz des römischen patria potestas betrachten, oder mag man es auf das deutschrechtliche mundium zurückführen, darauf kommt nichts an, es ist diese Präponderanz nur eine selbstverständliche Folge der natürlichen – geistigen sowohl wie körperlichen – Ueberlegenheit des Mannes über die Frau, ein Uebergewicht, welches, der Natur entsprechend, im römischen sowie im deutschen Rechte zum Ausdruck kam und welches auch in Zukunft bestehen wird, nachdem es einige Tausend Jahre vorhanden gewesen ist, so sehr auch die modernen Frauenrechtlerinnen die Inferiorität des weiblichen Geschlechtes in Abrede stellen.

2. Im B. G. B.

Das B. G. B. hat den deutschrechtlichen Gedanken von der Schutzbedürftigkeit des Kindes ebenfalls aufgenommen und die Entwicklung, welche das gemeine Recht hinsichtlich des Rechtes der Mutter genommen hat, zu Ende gebracht (Matthiass S. 237). Ein neuer Begriff ist eingeführt worden, es ist die „elterliche Gewalt" § 1626. Wie der Name sagt, ist dies eine Gewalt, welche die Eltern gemeinsam haben. Der Natur der Sache nach tritt bei Bestehen der Ehe die elterliche Gewalt der Mutter zurück, und der Vater ist allein Inhaber derselben. Aber ein Ausfluss der elterlichen Gewalt, die Sorge für die Person des Kindes (§ 1627), wird trotzdem neben dem Vater der Mutter zugestanden (§ 1634).

§ 1632 sagt: „Die Sorge für die Person des Kindes umfasst das Recht, die Herausgabe des Kindes von jedem zu verlangen, der es dem Vater widerrechtlich vorenthält."

Im gemeinen Recht war es das Erziehungsrecht, auf Grund dessen die Eltern die Herausgabe des Kindes verlangen konnten. Hier ist es die Sorge für die Person des Kindes. Diese Sorge ist der

umfassendere Begriff, da er die Erziehung nach § 1631, Abs. 1 in sich schliesst.

§ 1634 gewährt also dieses Recht der Sorge für die Person des Kindes neben dem Vater auch der Mutter. Auch sie kann die Herausgabe des Kindes nach § 1632 verlangen. „Bei einer Meinungsverschiedenheit zwischen den Eltern geht die Meinung des Vaters vor", sagt § 1634 am Schluss und dieses Uebergewicht des väterlichen Willens erklärt sich „aus der Stellung des Vaters als Haupt der Familie" (Motive S. 754). Das Gesetz sagt im § 1634, dass der Mutter dieses Recht „neben" dem Vater zustehe. Fällt also das Recht, für die Person des Kindes zu sorgen und demzufolge die Herausgabe zu verlangen, auf Seiten des Vaters fort, so hört damit auch das entsprechende Recht der Mutter auf, sofern ihr nicht auf Grund besonderer gesetzlicher Bestimmungen dieses Recht unabhängig vom Vater gegeben ist, s. Abschnitt 2 B. III. 2. (Motive S. 755).

II. Das elterliche Recht auf Herausgabe nach Trennung der Ehe.

1. Nach thatsächlicher Trennung.

Die bloss thatsächliche Trennung der Ehegatten durch Aufhebung der Lebensgemeinschaft kann eine Aenderung in dem beiden Eltern (mit Prärogative des Vaters) gemeinsamen Erziehungs- und Herausgaberechte deshalb nicht hervorbringen, weil dieser Zustand der thatsächlichen Trennung durch das Gesetz nicht sanktioniert ist (Seuffert, Bd. 31, S. 312). Deshalb hat das Gesetz eben keine rechtliche Folgen an diese Trennung insofern geknüpft, als es nach wie vor das Recht der Herausgabe beiden Eltern gemeinsam gewährleistet. Nur das Ueberwiegen des väterlichen Willens im Falle der entgegengesetzten Absichten der Ehegatten kann hier besonders zu Tage treten, indem der Vater das Erziehungs- und Herausgaberecht allein ausüben wird.

Durch das B. G. B. ist ebenfalls dieser Zustand der blos thatsächlichen Trennung nicht berücksichtigt (Knitschky S. 156). Es werden mithin die eben erörterten Grundsätze massgebend bleiben.

2. Nach rechtlich anerkannter Trennung der Ehegatten.

a. Durch Tod eines der Ehegatten.

α. Im gemeinen Recht.

Wird die Ehe durch den Tod der Mutter aufgelöst, so tritt eine Aenderung des bisher beiden Eltern gemeinsam zustehenden Rechtes der Herausgabe nur insofern ein, als von jetzt an der Vater allein dieses Recht ausübt. Wird aber durch den Tod des Vaters das Band der Ehe getrennt, so ergeben sich folgende Wirkungen bezüglich des Rechtes auf Herausgabe:

Die Mutter tritt keineswegs ipso iure in die Stellung des Vaters zu den Kindern ein. Hat die Mutter auch zu Lebzeiten des Vaters an den Kindern ein Erziehungsrecht, kraft dessen sie die Herausgabe derselben verlangen kann, falls ihr der Vater freie Hand lässt, so ist doch diese ihre Befugnis derart beschränkt, das sie ihr nach dem Tode des Mannes nicht kraft eigenen Rechtes zukommt. Vielmehr ruht nach dem Tode des Mannes die Erziehungsgewalt in den Händen der Obrigkeit (Roth und Meibom S. 487), welche allerdings nicht ohne genügenden Grund der Mutter die Erziehung ihrer Kinder vorenthalten darf: l. 1 C. 5. 49. Die fehlende väterliche Gewalt wird durch einen Vormund ersetzt, wozu die Mutter nach der Novelle 118 c. 5. auch berufen werden kann. Aber das Recht auf Herausgabe ihrer Kinder hat sie schon auf Grund ihres Erziehungsrechtes, falls dieses ihr von der Obrigkeit eingeräumt ist. (Seuffert, Bd. 31, S. 315). Falls die Mutter,

etwa infolge testamentarischer Verfügung des Ehemannes, nicht zum Vormund über die Kinder ernannt, dieser vielmehr anderweits bestimmt ist, so hat derselbe die Erziehung zwar mitzuleiten, aber das Recht auf Herausgabe der Kinder besitzt die Mutter ohne Mitwirkung des Vormundes kraft ihres „elterlich-mütterlichen Erziehungsrechtes" (Seuffert, Bd. 31, S. 316). Dass sie ihr Recht auf Herausgabe kraft ihrer Eigenschaft als Mutter geltend machen kann, geht schon aus c. 2, 3 C. 8. 8 hervor, und dass dieses Recht als unabhängig von der ihr in den meisten Fällen zustehenden Vormundschaft sich erweist, folgt daraus, dass die Bestimmung der c. 1 C. 5. 49 (siehe S. 8) früheren Datums ist, als die Novelle 118. cap. 5, durch welche das Vorzugsrecht der Mutter bei Bestellung einer Vormundschaft eingeführt wurde.

Nach l. 1. C. 5. 49 soll die Mutter ihr Erziehungs- und Herausgaberecht nur solange behalten, als sie nicht zu einer neuen Ehe schreitet. In der Praxis des gemeinen Rechtes ist aber die letztere Beschränkung fortgefallen (Kraut S. 128).

β. Nach Bürgerlichem Gesetzbuch.

Wie schon oben S. 11 hervorgehoben wurde, hat das B. G. B. eine elterliche Gewalt der Mutter eingeführt. Diese Neuerung zeigt ihre besondere Bedeutung bei dem Tode des Vaters, oder was dem gleich steht, bei der gerichtlichen Todeserklärung nach Massgabe der §§ 14—17. Denn nach § 1684 steht in diesem Falle der Mutter die elterliche Gewalt zu.[1]) Mit der elterlichen Gewalt hat die Mutter auch die Sorge für die Person des Kindes und das daraus sich ergebende Recht der Herausgabe kraft eigenen Rechtes, das Recht der Erziehung liegt nicht mehr wie bisher in den Händen der Vormundschaftsbehörde, von welcher es die Mutter empfing. In

Bezug auf das Recht der Mutter auf Herausgabe der Kinder bringt also praktisch das B. G. B. insofern keine Neuerung, als wir sahen, dass der Mutter nicht ohne Grund dieses Recht vorenthalten werden durfte. Aber doch ist jetzt die Grundlage dieses Rechtes eine stärkere geworden, da sie es nunmehr kraft eigenen Rechtes hat.

Entsprechend dem gemeinen Recht geht nach § 1697 das Recht der Herausgabe durch eine neue Ehe der Mutter nicht verloren.

Ist die Ehe nach § 1348 aufgelöst, also infolge Todeserklärung eines der Ehegatten, stellt sich aber später heraus, dass der für tot erklärte Ehegatte noch lebt, so wird hinsichtlich des Rechtes der Herausgabe der Kinder dieser Fall nach § 1637 so behandelt, als ob die Ehe geschieden wäre und beide Ehegatten für schuldig erklärt wären § 1635 (s. S. 22).

b. Auflösung der Ehe durch Scheidung und was dem gleich steht.

α. Nach gemeinem Recht.

Wer von den Ehegatten das Recht der Erziehung hat, hat auch das Recht der Herausgabe. Diesen Grundsatz, haben wir in den vorherigen Erörterungen wiederholt zur Geltung gebracht. Die Frage, wer nach erfolgter Scheidung der Ehe das Recht auf Herausgabe der Kinder besitzt, ist also in ihrer Beantwortung bedingt durch die Untersuchung: Wem von den Ehegatten gehört nach Scheidung der Ehe oder nach der katholischen separatio quoad thorum et mensam [2]) für welche dieselben Grundsätze zur Anwendung kommen müssen, das Recht der Erziehung? (Burchardi S. 181.)

Es sind zwei römische Gesetzesstellen, welche für diese Frage in Betracht kommen, und welche auch der Praxis des gemeinen Rechtes ihre Grundlage geben (Sarwey, B. 31, S. 442 ff.).

l. 1. C. 5. 24 lautet: Licet neque nostra, neque Divor. parentum nostrorum ulla constitutione caveatur, ut per sexum liberorum inter parentes divisio celebretur: competens tamen iudex aestimabit, utrum apud patrem an apud matrem matrimonio separato filii morari ac nutriri debeant. Hiernach ist die Zuerteilung des Erziehungsrechtes an die geschiedenen Ehegatten in das richterliche Ermessen gestellt.

Die zweite römische Gesetzesstelle, die Novelle 117, cap. 7, bestimmt, dass die Kinder bei dem unschuldigen Teil erzogen werden sollen.

Diese beiden Gesetze enthalten jedes für sich klare Bestimmungen, die Schwierigkeit liegt nur darin, dass sie neben einander bestehen, da sie doch gegenseitig sich in ihrer Anwendung auszuschliessen scheinen (Sarwey Bd. 31, S. 443).

Man hat folgenden Versuch gemacht, sie mit einander in Einklang zu bringen (Burchardi S. 180/81).

Die Novelle handle nur von dem Fall, wo die Schuld auf Seiten des einen Ehegatten liege (Strippelmann S. 100). In diesem Fall solle die Erziehung principiell von dem unschuldigen Ehegatten geleitet werden, die Obrigkeit könne jedoch von dieser nicht unbedingten Regel abweichen, indem sie die Erziehung dem „fähigeren" Teil überwiese.

Liege hingegen die Schuld auf beiden Seiten gleich verteilt, oder sei überhaupt nicht zu erkennen, welcher Ehegatte der unschuldige und welcher der schuldige sei. — Fälle, von denen die Novelle gar nicht handle —, l. 1 C. 5. 24, so sei das Ermessen des Richters bei der Verteilung der Kinder und des damit zusammenhängenden Erziehungsrechtes massgebend. Er solle dann am liebsten nach dem Geschlechte die Kinder verteilen, aber mit Berücksichtigung ihres Wohles.

Die Novelle erörtert nur die Seite, dass ein Ehegatte auf Scheidung klagt, der Fall, dass beide klagen, wird nicht in der Novelle berücksichtigt und wird auch in der eben angeführten Ansicht nicht erwähnt, weil entweder in diesem Falle der Grundsatz der Compensation der beiden Ehescheidungsgründe platzgreife (wonach eine Scheidung nicht gewährt wird), oder weil das Abwägungssystem zur Anwendung gelange (wonach die Schuld eines Teiles als die schwerere erscheint und dieser Ehegatte als der schuldige sich darstellt. Wir werden also bei der Untersuchung der oben erwähnten Ansicht nur diesen Punkt der einseitigen Ehescheidungsklage behandeln und später auf den zweiten Fall zurückkommen.

Die Schwäche dieser Ansicht liegt einmal in einer irrigen Auffassung der entscheidenden Momente bei der Verschuldung. Diese wird nämlich in der anzufechtenden Auslegung zu tief gesucht, während sie in Wirklichkeit mehr auf der Hand liegt. Die Novelle sagt: „si pater occasionem separationis praebeat — si per causam matris ostendatur solutum matrimonium —". Hiermit wird hervorgehoben, dass der Teil der schuldige ist, welcher die Trennung der Ehe veranlasst. Die Gründe, welche zur Scheidung berechtigen, sind genau in der Novelle cap. 8 und 9 festgelegt. Wer diese Gründe unmittelbar herbeiführt, ist als der Schuldige anzusehen (Sarwey Bd. 32, S. 7). In der zu widerlegenden Ansicht wird aber noch weiter erwogen, welcher Ehegatte wiederum die Veranlassung gab, dass diese Gründe herbeigeführt werden konnten, kurz, es wird vom Richter verlangt, dass er auf das tiefste in das Verhältnis der Eheleute zu einander eindringe, um den Grad des Verschuldens festzusetzen. Wenn man diese Auffassung von der Klarstellung der Schuldmomente hat, ist es allerdings leicht möglich, dass der Richter eine überwiegende Schuld auf einer

Seite nicht erkennen kann, da die Fragen der tiefer gehenden Verschuldung an der Ehescheidung sich mannigfach kreuzen können.

Diese bekämpfte Ansicht hat eine gesetzliche Begründung nicht für sich, da wie erwähnt, die Gründe, welche zur Scheidung berechtigen und demgemäss dem Richter das Schuldmoment nicht zweifelhaft erscheinen lassen, gesetzlich in der Novelle 117 c, 8 u. 9 festgelegt sind. (Sarwey, Bd. 31, S. 472). Die andern tiefer liegenden Schuldmomente können also für den Richter garnicht in Betracht kommen, die Novelle erschöpft mithin alle gesetzlichen Schuldfragen, da immer vor dem Gesetz ein Teil schuldig, der andere unschuldig ist (notabene nur im Fall der Novelle 117), also gesetzlich die Schuld in der Novelle 117 nie gleich verteilt sein kann.

Es könnte allerdings dieses dazu führen, dass der in der That unschuldige Ehegatte formell zum schuldigen wird und dass die Verteilung der Erziehung der Kinder ungerecht werden könnte. (Sarwey, Bd. 32, S. 9). Aber einmal gestattet die Novelle dem Richter ein Abweichen von diesem Princip und zweitens wird der Richter bei weniger schweren Ehescheidungsgründen die Verschuldung des klagenden Teils in sofern in Betracht ziehen, als er mit Rücksicht auf diese Verschuldung eine Scheidung nicht zulässt.

Die angefochtene Meinung leidet noch an einem ferneren Fehler, nämlich an der unseres Erachtens unrichtigen Übersetzung des Wortes der Novelle: „idoneus". Das ist aufgefasst worden als „fähig" zur Erziehung. (Burchardi S. 180). Aus der Gegenüberstellung der Worte: „patrem minus idoneum", „matrem vero locupletem", sowie aus dem ganzen Zusammenhange der Stelle, welche beständig Reichtum im Gegensatz zur Armut betont, scheint uns hervorzugehen, dass minus idoneus hier heisst: weniger befähigt zur Alimentation. In

diesem Sinne liest man auch in anderen Texten für minus idoneus: „quod si patrem inopem esse contingat“ oder „sin autem pater inopia laboraverit“. (Sarwey, Bd. 31, S. 455, Anm. 5.)

Aus der Interpretation des Wortes „minus idoneus“, weniger befähigt zur Erziehung und aus der Anforderung an den Richter bei Untersuchung der Grade des Verschuldens auch die grössere oder geringere Erziehungsbefähigung der Ehegatten zur Verteilung der Kinder in Betracht zu ziehen, ergiebt sich zunächst als praktische Folge die Einräumung einer unbeschränkten Willkür des Richters, welche mit seiner Aufgabe in Widerspruch steht. Der Richter soll nämlich über das Dasein und die Grundlagen von Rechten entscheiden, aber nicht „Wohlfahrtsverfügungen treffen“. Dieses würde aber von ihm verlangt werden, wenn er darüber zu befinden hätte, bei welchem der Ehegatten die Kinder am besten aufgehoben wären. (Sarwey, Bd. 31. S. 446). Denn wenn auch die Kinder ein Recht darauf haben, eine gute Erziehung zu erhalten und ihr Wohl entschieden sehr zu berücksichtigen ist (Sarwey, Bd. 31, S. 445), so erwächst ihnen doch aus der Ehescheidung ihrer Eltern nicht das Recht, die möglichst beste Erziehung zu bekommen, eine bessere Erziehung als sie beim Zusammenleben ihrer Eltern genossen. Es ist also rechtlich nicht der Gedanke begründet, dass die etwas grössere oder geringere Fähigkeit des einzelnen Ehegatten zur Erziehung, - falls nur nicht die Wohlfahrt des Kindes überhaupt durch den Aufenthalt bei dem Vater oder der Mutter gefährdet erscheint —, bei Beurteilung, wem die Erziehung zufallen soll, irgend wie in Betracht kommen könnte. Denn einmal hiesse dieses, das Recht, welches die Eltern auf Erziehung ihrer Kinder haben, ohne Grund ignorieren und allein die möglichste Wohlfahrt der Kinder zum Massstabe nehmen, andererseits ist es vom praktischen

Standpunkt aus deshalb zu verwerfen, weil der Richter in zweifelhaften Fällen wohl selten mit unfehlbarer Sicherheit die grössere Befähigung wirklich wird finden können.

Ebenfalls durch das Verlangen, welches oben die bekämpfte Ansicht ausdrückt, der Richter solle die verschiedenen Grade des Verschuldens eingehend untersuchen, um die Verteilung der Kinder vornehmen zu können, — gelangt diese Meinung praktisch zu einer absoluten Willkür des Richters: Wenn dieser nach genauer und eingehender Prüfung der verschiedenen Grade des Verschuldens zu keinem Resultat kommt, wer in Wirklichkeit der schuldige Teil sei, wenn er ausserdem die gleiche Fähigkeit zur Erziehung bei beiden Ehegatten anerkennen muss, nach welchen Grundsätzen soll er dann die Kinder zuerkennen? Er muss dahin gelangen, vollkommen willkürlich „das unschätzbare Recht, seine Kinder zu erziehen, einem der Ehegatten abzusprechen." (Sarwey, Bd. 31, S. 473).

Diese unbeschränkte Willkür des Richters geht auch, — abgesehen von der nachgewiesenen praktischen Unhaltbarkeit — nicht aus der citierten Codexstelle hervor. (Sarwey, Bd. 31, S. 451 ff). Sie thäte dieses, wenn man allein den letzten Satz: competens tamen iudex aestimabit . . . heranzöge. Aber aus dem ersten Satz ergiebt sich eine Beschränkung des allgemeinen Princips des richterlichen Ermessens. Es wird dort nämlich die Frage aufgeworfen, ob eine Teilung der Kinder nach dem Geschlecht stattfinden kann, obgleich eine bestimmte Verordnung hierüber nicht gegeben ist? Darauf erfolgt dann die Antwort, dass der Richter ermessen könne, ob die Kinder bei dem Vater oder bei der Mutter erzogen werden sollen. Der letzte Satz erteilt also eine Antwort auf eine im ersten Satz aufgeworfene Frage. Diese Antwort geht weiter, als auf deren blosse Bejahung, indem nach

richterlichem Ermessen auch die Söhne bei der Mutter erzogen werden können. Aber festzuhalten ist, dass für diesen einen zweifelhaften Fall die Antwort erteilt wird und nicht gesagt ist, dass allgemein unbeschränkte Willkür des Richters platzgreife.

Die Novelle regelt zur Hauptsache die Rechte der Kinder bezüglich ihrer Alimentation. (Sarwey, Bd. 31, S. 454—62). Bei dieser Gelegenheit wird als Norm der Grundsatz aufgestellt, dass die Kinder bei dem unschuldigen Teil zu erziehen seien. Dieser Grundsatz ist aber kein unbedingter, sondern lässt mit Rücksicht auf das Wohl der Kinder, welches oberstes Princip der Novelle ist, Ausnahmen zu. Diese sind teils selbst in der Novelle gegeben — für den Fall der Wiederverheiratung der Mutter und bei Armut des Vaters, in welchem Fall die Kinder bei der reichen Mutter bleiben, ob sie schuldig ist oder nicht —, teils müssen fernere Ausnahmen folgen aus dem Grundsatz, die Rechte der Kinder möglichst zu berücksichtigen, was natürlich Sache des richterlichen Ermessens ist.

Wie oben gezeigt, sagt der Codex nichts weiter, als dass der Richter ermessen dürfe, ob die Kinder bei dem Vater oder bei der Mutter erzogen werden sollten. Also diese beiden Gesetzesstellen können sehr gut neben einander bestehen, ohne sich in ihrer Anwendung auszuschliessen.

Klagen beide Ehegatten auf Scheidung, jeder mit einem besonderen Scheidungsgrund, ein Fall, von dem die Novelle nicht handelt, so greift, falls man nicht den Grundsatz der Compensation dieser beiden Gründe anerkennen will, richterliches Ermessen über die Zuteilung der Erziehung Platz unter Berücksichtigung des Interesses der Kinder. (Sarwey, Bd. 32, S. 6, Anm. 9).

Klagt aber nur ein Ehegatte auf Scheidung, so soll der Richter also bei der Ehescheidung zunächst

die Verschuldung als Massstab zur Verteilung der Kinder nehmen. Erscheinen aus dem Interesse derselben Änderungen angebracht, so soll er nach seinem Ermessen für das Wohl der Kinder durch Zuerkennung des Erziehungsrechtes an den einen oder den andern Ehegatten sorgen. Besonders praktisch ist die Zuweisung der Erziehung von Kindern in den ersten Lebensjahren an die Mutter, da man davon ausgeht, dass sie die mütterliche Pflege nicht ohne Schaden für ihre Gesundheit entbehren können. (Strippelmann S. 106.)

3. Nach Bürgerlichem Gesetzbuch.

Das B. G. B. lehnt sowohl das Compensationssystem als auch das Princip der Abwägung der beiderseits geltend gemachten Ehescheidungsgründe ab, da es den Grundsatz vertritt, dass die beiden Verschuldungen „in ihrer Wirkung auf die Ehe als gleich schwer erscheinen". (Motive S. 606—9).

Dieselben Gesichtspunkte und Erwägungen, wie wir sie für das gemeine Recht aufstellten, liegen der Bestimmung des B. G. B. im § 1635 zu Grunde: Für den Fall der alleinigen Schuld eines Ehegatten soll die Sorge für die Person des Kindes dem andern Teil zustehen. Sind beide Ehegatten auf Grund des § 1574 für schuldig erklärt, so kommt die Sorge für eine Tochter und für einen Sohn unter 6 Jahren der Mutter, für einen Sohn über 6 Jahre dem Vater zu. Das Vormundschaftsgericht kann aber, sofern es das Interesse des Kindes aus besonderen Gründen erfordert, abweichende Bestimmungen treffen.

Ist nach § 1569 die Ehe wegen Geisteskrankheit der Mutter gelöst, in welchem Fall also eine Schuld nicht vorhanden ist, so geht das Recht der Herausgabe der Kinder auf den Ehemann allein über, da abgesehen vom Fall des § 1635, die Mutter nur während der Dauer der Ehe neben dem Vater das

Recht hat, für die Person des Kindes zu sorgen. (§ 1634). Ist der Ehemann geisteskrank und deswegen die Ehe geschieden, so steht allerdings die Sorge für die Person des Kindes dem Ehemann neben dem gesetzlichen Vertreter des Kindes nach § 1676 noch zu, aber die Mutter kann auf ihren Antrag die Ausübung der elterlichen Gewalt nach § 1685, Abs. 2 erhalten und damit die Sorge für die Person des Kindes und das damit verbundene Recht der Herausgabe allein ausüben.

Für den Fall der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft[3]) gilt hinsichtlich der Verteilung der Kinder dasselbe, wie bei der Scheidung nach § 1635. Denn § 1575 bestimmt, dass das Urteil, welches auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft erkennt, über die Schuldfrage im Sinne des § 1574 sich auszusprechen habe, weil diese die Grundlage bildet zur Verteilung der Sorge für die Kinder und des dadurch bedingten Rechtes der Herausgabe.

c. Während des Scheidungsprocesses.

α. Im gemeinen Recht.

Bisher haben wir das Recht der Herausgabe nur in den Fällen des Bestandes der Ehe und in den Fällen der Auflösung derselben kennen gelernt. Es bleibt noch eine Möglichkeit, in welcher dieses Recht Schwankungen unterliegen kann, das ist die Frage: Welcher der Ehegatten hat während des Scheidungsprocesses das Recht der Herausgabe? Wie bisher so ist auch hier diese Frage gleichbedeutend mit der: Wem steht die Erziehung zu?

Der Richter kann noch nicht endgültig dem einen oder dem andern Teil der Ehegatten dieselbe zuweisen, da die für diese Verteilung massgebenden Gesichtspunkte mit dauernder Wirksamkeit erst nach

Beendigung des Processes, im Urteil, welches die Scheidung ausspricht, zu Tage treten.

Andererseits wird eine gemeinsame Erziehung der Kinder durch die Ehegatten, wie sie bisher geübt wurde, von Beginn des Scheidungsprocesses an aus dem Grunde thatsächlich unausführbar sein, da in den weitaus meisten Fällen die Ehegatten nicht mehr zusammen leben.

Drittens ist die Trennung der Ehegatten nach Erhebung der Scheidungsklage vom Recht anerkannt, nicht bloss thatsächlich.

Aus diesen Gründen erlässt der Richter einstweilige Verfügungen über das Erziehungsrecht an den Kindern bis zur Scheidung der Ehe. Die Grundsätze über den Erlass solcher Verfügungen sind vor allem im Recht der Eltern zu suchen. Von nicht zu unterschätzendem Einfluss ist aber auch der Gesichtspunkt des Wohles der Kinder: ihr Alter, ihr Geschlecht ist in Betracht zu ziehen (Entsch. d. R. G. 18, S. 188/9), (Seuffert, Bd. 31, S. 313, No. 245). Da feste Normen für die endgültige Zuweisung des Erziehungsrechtes noch nicht gegeben sind, waltet freies Ermessen des Richters, welcher nach Möglichkeit den status quo aufrecht erhalten wird, sofern er rechtlich begründet ist (Sarwey, Bd. 32, S. 38).

Auch die Schuld der Ehegatten bei der Ehescheidung kann bei der vorläufigen Verteilung der Kinder Berücksichtigung finden, ohne dass dieselbe deshalb für den Erlass des Endurteils präjudicierend wirkte.[4])

β. Nach Bürgerlichem Gesetzbuch.

Die einstweiligen Verfügungen in Ehesachen sind, obwohl sie materiell-rechtliche Normen enthalten und deshalb richtiger in das B. G. B. gehörten, in der neuen Civilprocessordnung § 627 geregelt (Endemann S. 665, Anm. 22). Danach

hat während des Eheprocesses das Gericht wegen der Sorge um die Person des Kindes und wegen des sich daraus ergebenden Rechtes der Herausgabe, Anordnungen zu treffen, falls die Ehegatten nicht mehr zusammen leben. Die Sorge für die Person des Kindes kann der Richter also nach seinem Ermessen regeln, jedoch wird er von den oben erwähnten Gesichtspunkten ausgehen.

III. Eingreifen der Obrigkeit in das Recht auf Herausgabe.

1. Nach gemeinem Recht.

Aus dem Grundzuge des elterlichen Verhältnisses zu der Person des Kindes, nämlich aus dem Grundgedanken, dass dieses Recht nicht ausschliesslich zum Nutzen des Vaters oder der Eltern begründet ist, sondern vielmehr der Nutzen und das Interesse des Kindes erheblich ins Gewicht fällt, erklärt sich die Thatsache, dass die Eltern hinsichtlich der Erziehung ihrer Kinder unter Aufsicht der Vormundschaftsbehörde stehen. (Stobbe S. 318). Diese kann dem Vater oder der Mutter oder beiden (Roth und Meibom S. 485) die Erziehung über ihre Kinder und damit das Recht auf Herausgabe nehmen.

Als solche Fälle sind diejenigen zu denken, in denen das Gedeihen und die Wohlfahrt der Kinder durch den Vater oder die Mutter oder beide Eltern ernstlich gefährdet ist (Burchardi S. 175 ff.). Solche Fälle können sein: Moralische Verworfenheit des Vaters oder der Mutter oder beider Ehegatten, ferner Wahnsinn und schwere körperliche Gebrechen, welche den einen oder den anderen Teil zur Erziehung untauglich machen.

2. Nach Bürgerlichem Gesetzbuch.

Im B. G. B. hat die elterliche Gewalt ebenfalls einen vormundschaftlichen Charakter, aus welchem folgt, dass die Eltern hinsichtlich der Ausübung der elterlichen Gewalt unter Aufsicht der Vormundschaftsbehörde stehen. Es ist aber diese Aufsicht (Haidlen

S. 505) nicht als eine ständige zu denken, da diese das väterliche Ansehen schwächen würde, sondern nur als ein Eingreifen der Behörde in bestimmten Fällen, in welchen das „leibliche oder geistige Wohl“ (§ 1666) des Kindes gefährdet ist. Ruht die elterliche Gewalt des Vaters infolge thatsächlicher (§ 1677) oder rechtlicher Verhinderung (§ 1676) so kann nach § 1676, Abs. 2, die Sorge für die Person des Kindes und damit das Recht der Herausgabe dem Vater sehr wohl verbleiben, denn er kann immer noch im Stande sein, für die Person seines Kindes Fürsorge zu treffen. Allerdings übt in den Fällen, wo die väterliche Gewalt ruht, die Mutter nach § 1685 die elterliche Gewalt aus, also ist ihr hinsichtlich der Sorge für die Person des Kindes und des Rechtes auf Herausgabe ein Vorrang vor dem Vater gegeben, welcher seinerseits die Stellung der Mutter nach § 1634 einnimmt.

Ist jedoch das leibliche oder geistige „Wohl“ des Kindes dadurch bedroht (§ 1666), dass der Vater das Recht der Sorge für die Person des Kindes missbraucht, das Kind vernachlässigt, oder sich eines ehrlosen oder unsittlichen Verhaltens schuldig macht, so hat das Vormundschaftsgericht die zur Abwendung der Gefahr erforderlichen Massregeln zu treffen. Das Vormundschaftsgericht kann insbesondere anordnen, dass das Kind zum Zweck der Erziehung in einer geeigneten Familie oder in einer Erziehungs- oder einer Besserungsanstalt untergebracht wird.

Entzieht hiernach das Vormundschaftsgericht dem Vater die Sorge für die Person des Kindes, so entsteht die Frage: Tritt die Mutter an die Stelle des Vaters? (Haidlen S. 494, Staudinger S. 460.) Nach § 1909 wird für diesen Fall ein Pfleger bestellt, welcher den Vater in seiner Sorge für die Person des Kindes vertritt. Würde die Mutter an Stelle des Vaters treten, so wäre § 1666 illusorisch, weil

der Ehemann in den meisten Fällen einen erheblichen Einfluss auf die Ehefrau ausübt und dadurch in Wahrheit seine verderbliche Einwirkung auf die Kinder fortsetzen würde (Motive S. 806). Der Mutter bleibt zwar das Recht der Fürsorge nach § 1698, aber die Meinung des gesetzlichen Vertreters geht bei Meinungsverschiedenheit vor, denn dieser steht an Stelle des Vaters. (§ 1634.) Bringt das Vormundschaftsgericht das Kind bei einer anderen Familie oder in einer Anstalt unter, so kann die Mutter natürlich nicht ihr Recht auf Herausgabe ausüben, da nach § 1632 die vorausgesetzte Widerrechtlichkeit fehlt.

Hat der Vater nach § 1680 die elterliche Gewalt verwirkt, so ist ihm damit auch das Recht auf Herausgabe des Kindes, welches durch sein Verbrechen betroffen wurde, verloren gegangen. Denn dieses Recht, als Ausfluss der Fürsorge für das Kind, ist in der elterlichen Gewalt enthalten. Nach § 1684, No. 2 steht in diesem Fall die elterliche Gewalt dann erst der Mutter zu, wenn die Ehe aufgelöst ist; die elterliche Gewalt des Vaters über dieses Kind geht mithin an einen Vormund über, neben welchem die Mutter das Recht der Sorge für die Person des Kindes ausübt (Staudinger S. 482). Hat die Mutter als Inhaberin der elterlichen Gewalt dieselbe verwirkt, so ist ebenfalls ein Vormund zu bestellen (Staudinger, S. 478 zu § 1680).

3. Abschnitt.

Die Geltendmachung des Rechtes auf Herausgabe der Kinder.

A. Im römischen Recht.

I. Die praeiudicia.

In jedem Recht liegt die Befugnis, dasselbe durch Klage geltend zu machen. Auch das elterliche Recht

auf Herausgabe der Kinder wird durch Klagen verwirklicht. Wie wir sahen, war dieses Recht in Rom ein vorwiegend väterliches, und wir werden jetzt untersuchen, welche Klagen man im römischen Rechte zur Duchführung dieses Rechtes anwandte.

Aufklärung verschafft uns darüber l. 1, § 2, D. de Re. Vind. 6. 1:

Per hanc autem actionem liberae personae, quae sunt iuris nostri, ut puta liberi, qui sunt in potestate non petuntur. Petuntur igitur aut praeiudiciis, aut interdictis aut cognitione praetoria; et ita Pomponius libro trigesimo septimo, nisi forte, inquit, adiecta causa quis vindicet. Si quis ita petit filium suum, vel in potestate ex iure Romano, videtur mihi et Pomponius consentire, recte eum egisse, ait enim, adiecta causa ex lege Quiritium vindicare posse.

Ein praeiudicium bezweckt Feststellung, besonders des durch Familienverhältnis bedingten Standes, ist also nicht auf eine condemnatio gerichtet. Aus diesem Grunde erscheint das besagte Rechtsmittel die Herausgabe der Kinder dem Vater nicht gewährleisten zu können. Das praeiudicium thut dieses allerdings nicht direkt, sondern nur indirekt, indem es vorbereitend, nämlich als Stützpunkt einer Klage auf Herausgabe der Kinder, deren Gewaltunterworfenheit durch das praeiudicium festgestellt wurde, dient und insofern kann es unter den Klagen auf Herausgabe der Kinder Erwähnung beanspruchen.

II. Die vindicatio adiecta causa.

1. Im allgemeinen.

In der oben angeführten Stelle ist als Mittel, die Herausgabe des Kindes zu erlangen, eine vindicatio adiecta causa bezeichnet. Zum Verständnis derselben ist es erforderlich, kurz auf die causa adiecta bei den Klagen überhaupt einzugehen.

Bei einer actio in personam, welche ein obligatorisches Rechtsverhältnis zum Gegenstande hat, ist es nötig, dass die causa debendi in der Klagformel angegeben wird, denn von dem Vorhandensein der causa hängt die rechtliche Existenz der obligatio ab. Die Natur der Obligation ist untrennbar verbunden mit ihrer Entstehungsart, der causa: l. 14 § 2, D. 44, 2: singulas obligationes singulae causae sequuntur (Sintenis Civilproc. S. 221).

Jede Obligation hat ihren eigenen Entstehungsgrund, soviel Obligationen, soviele causae.

Anders liegt die Sache bei den actiones in rem. Ein geltend gemachtes dingliches Recht trägt allerdings auch seine causa, zum Beispiel das Eigentum, in sich, aber diese causa ist verschieden von der eben bei den Obligationen erwähnten (Dernburg Bd. 1, S. 354). Das Eigentum kann nur einmal vorhanden sein, aber verschiedene causae des Erwerbes haben l. 14, § 2, D. 44, 2: neque enim amplius quam semel res mea esse potest, saepius autem deberi potest. Hieraus geht hervor, dass wenn das dingliche Recht zum Gegenstand einer Klage gemacht wurde, der Kläger sämtliche causae des Erwerbes anführen konnte, aber es konnte nur einmal über das Eigentumsrecht entschieden werden. Es war daher nicht nötig in der Klagformel die causae des Erwerbes zu bezeichnen, da der iudex nur darüber zu befinden hatte, ob aus irgend einem der Gründe, welche der Kläger beliebig nach einander benennen konnte, Eigentum vorlag oder nicht. Die intentio der Formel lautete also: si paret eam rem. L. T. esse ex iure Quiritium . . . Ausnahmensweise wurde aber eine solche causa adiecta der Eigentumsklage erfordert und in diesem Falle war der Process auf diesen Rechtsgrund allein beschränkt. Damit erhielt die Eigentumsklage einen anderen Charakter, indem

nicht erörtert wurde, ob Eigentum überhaupt gegeben sei, sondern ob Kläger aus diesem bestimmten Grunde ein suum esse beweisen könne. Ein vollwertiges Eigentum lag dann nicht vor, da bei diesem noch andere causae geltend gemacht werden konnten.

2. Die causa adiecta in l. 1, § 2. D. 6. 1.

Der Sinn dieser vielumstrittenen Stelle scheint uns folgender zu sein:

Um Herausgabe seiner Kinder zu erlangen, kann der Vater nicht mit der reivindicatio vorgehen, da liberae personae nicht Gegenstand dieser Klage sein können, denn sie stehen nicht im Eigentum des Vaters (Brinz S. 605). Wenn seine Gewalt über die Kinder auch dem Eigentum ähnelt, so ist dieselbe doch kein wahres Eigentum wie über Sachen und Sklaven. Will er durch diese Klage trotzdem die Kinder von dritten herausfordern, so muss er mit adiecta causa vindicieren, das heisst: das der Eigentumsklage eigentümliche meum esse muss durch einen Zusatz, eben die causa adiecta, für die Klagformel geeignet gemacht werden. Dies geschieht durch Hinzufügen des „filium suum esse vel in potestate ex iure Romano". Damit ist dann der Klaggrund angegeben dergestalt, dass der Vater mit der Behauptung: „meus est" nicht ein reines Eigentumsrecht im gewöhnlichen Sinne, für das er ja mehrere Rechtsgründe anführen kann, verfolgen will, sondern dass er auf Grund seiner Paternität ein „suum esse" geltend macht und daraufhin die Herausgabe seines Kindes verlangt (Mayer S. 19).

Es wird aber vielfach geleugnet, dass mit der eben von uns entwickelten Modification die vindicatio zur Herausgabe von Kindern angewandt worden sei. Man ist vielmehr der Ansicht, dass die von Ulpian eingeschaltete Aeusserung des Pomponius nicht einen wirklichen Vindicationsprocess im Auge habe,

sondern eine Scheinvindication behufs Adoption durch in iure cessio[5]) (Demelius S. 245).

Wenn diese Ansicht auch vielleicht nicht ganz zu verwerfen ist, so wird doch kein Beweis für die Richtigkeit erbracht: Denn wenn diese Annahme (Demelius S. 244) einmal auf das allerdings häufige Vorkommen dieser Scheinvindication (Caius I. 134) gestützt wird, so ist das noch kein Beweis, dass auch in diesem Falle dasselbe gemeint sei. Wird andererseits geltend gemacht, dass unmöglich die eben von Ulpian so entschieden verworfene vindicatio eine persona libera unter einer Modification wieder eingeführt werden könnte, so können wir unsererseits nicht einsehen, weshalb es nicht der Fall sein soll? Wir schliessen vielmehr aus dem Zusammenhange der Stelle, dass diese modificierte vindicatio zur Verfolgung des Rechtes auf Herausgabe nicht gerade häufig angewandt ist, abgesehen von jener Scheinvindication (Brinz S. 606). Diese Annahme lässt sich vielleicht durch folgenden inneren Grund stützen:

Im Formularprocess erfolgte die condemnatio immer in eine Geldsumme (Sohm S. 180 ff.). Wenn auf den arbitratus des Prätors an den Beklagten, den Sohn herauszugeben, der Beklagte dem Befehl keine Folge leistete, so wurde er in eine Geldsumme verurteilt (quanti ea res est), welche der Kläger durch ius iurandum in litem feststellte. Eine Naturalexecution gab es nicht. Der Kläger konnte also immer Gefahr laufen, seinen Sohn gegen eine, wenn auch vielleicht hohe Geldsumme, dem Beklagten lassen zu müssen. Aus diesem Grunde hat man die vindicatio filii in postestatem vielleicht selten zur Anwendung gebracht.

Eine zweite Auslegung (Savigny S. 21, Anm. m) bezieht die adiecta causa auf das von Ulpian vorher erwähnte praeiudicium, indem das praeiudicium über das Vorhandensein der patria potestas, zwecks

Durchführung der Herausgabe des Sohnes, in die „feierlichere Form der vindicatio ex iure Quiritium" gebracht würde (Savigny S. 21, Anm. m). Dieser Auffassung dürfte entgegenstehen, dass die vindicatio adiecta causa deshalb schwerlich auf das praeiudicium gehen kann, weil eben erst für die an freien Menschen unzulässige vindicatio unter anderen Rechtsmitteln die praeiudicia eingeführt sind (Demelius S. 245).

Eine dritte Interpretation der citierten Äusserung Ulpians (Muther S. 391, Beilage V) geht von ganz neuen Voraussetzungen aus und gelangt zu dem Ergebnis, dass die vindicatio adiecta causa nur für die Herausgabe von Adoptivkindern gegeben sei. Durch die Geburt würde ein natürliches Verhältnis zwischen Vater und Kind hergestellt, derart, dass der Vater die patria potestas über das Kind erwürbe. Das sei bei allen Völkern der Fall. Später sei dieses natürliche Verhältnis mit Rechtswirkungen ausgestattet worden und bei den Römern zum Institut des Civilrechts geworden Aber der Erwerbsgrund dieser patria potestas bleibe immer ein naturaler, nämlich die Geburt. Durch Gesetz sei später die Adoption ebenfalls als ein Erwerbsgrund der patria potestas hinzu gekommen; diese Adoption begründe also keine naturale Entstehung der väterlichen Gewalt, sondern eine civile. Diesen Grundgedanken habe Ulpian, wenn er als Zusatz zur Klagformel, als adiecta causa die Worte „ex iure Quiritium" und „ex iure Romano" angebe, zum Ausdruck bringen wollen. Durch diese Worte wolle er hervorheben dass eine Vindication statthaft sei, wenn zur Geltendmachung der patria potestas die civile Erwerbsart derselben, nämlich die Adoption betont werde. Mithin sei diese Vindication zur Herausgabe von Adoptivkindern gegeben, nicht zur Herausgabe von Kindern, über welche die patria potestas auf die

naturale Erwerbsart, also die Erzeugung in gültiger Ehe sich gründe.

Dass diese Unterscheidung zwischen leiblichen und Adoptivkindern gemacht würde, habe seinen Grund darin, dass auf die vom Prätor angeordnete, aber nicht befolgte Herausgabe eine Verurteilung des Beklagten in eine bestimmte Geldsumme, welche der Kläger festsetzte, erfolgte. Eine solche Summe anzugeben, wo es sich um Herausgabe von leiblichen Kindern handle, stehe einmal im Widerspruch mit dem sittlichen Empfinden, andererseits wäre ein solches durch natürliche Familienliebe getragenes Verhältnis, wie zwischen Vater und Sohn, gar nicht abzuschätzen. Nach der nicht erfolgten Herausgabe eines Adoptivkindes liesse sich viel eher ein „quanti ea res erit" angeben, da häufig pecuniärer Vorteil die Adoption hervorrufe. Ausserdem sei in diesem Falle, da ein so inniges Verhältnis, wie zwischen Vater und leiblichen Kinde nicht erreicht werden könne, das sittliche Gefühl nicht so sehr verletzt.

Gegen diese Auslegung haben wir folgende Einwendungen zu machen: Das natürliche, durch Geburt begründete Verhältnis des Vaters zu seinem Kinde ist allerdings rein menschlich und ist bei allen Völkern zu finden; aber kein Volk hat dieses Verhältnis mit den Rechtswirkungen ausgestattet, wie die Römer: § 2 J. de patr. pot.: ius potestatis, quod in liberos habemus, proprium est civium Romanorum: nulli enim alii sunt homines, qui talem in liberos habeant potestatem, qualem nos habemus. Hieraus geht hervor, dass die patria potestas ein specifisch römisches Institut des Civilrechtes ist. Die Gewalt, welche dem Vater über seine Kinder eigen ist, hat daher einen civilen Erwerbsgrund, da sie aus dem civilen Institut der patria potestas fliesst. Der naturale Erwerbsgrund einer natürlichen Gewalt

über das Kind ist rechtlich ohne Bedeutung, da diese Gewalt nicht die römischrechtliche patria potestas ist, aus welcher allein der Vater auch das Recht der Herausgabe besitzt.

Die väterliche Gewalt entsteht ferner nur über Kinder aus gültiger Ehe. Diese ist entschieden ein Institut des Civilrechtes, also daraus folgt schon, dass der Erwerbsgrund der patria potestas nur ein civiler sein kann, denn über natürliche Kinder entsteht keine väterliche Gewalt. Wenn dagegen gesagt wird (Muther S. 396): „Diese Vorschrift enthält weniger eine Umänderung der naturalen Erwerbsart des väterlichen Rechtes, als eine Beschränkung derselben", so können wir mit Recht einwenden: Wenn die patria potestas durch naturale Entstehungsart, durch Geburt, begründet wird, wie kann denn diese naturale Erwerbsart der patria potestas durch Gesetz beschränkt werden?

Es wird klar geworden sein, dass die patria potestas sowohl über leibliche, als über Adoptivkinder einen im ius civile begründeten Erwerbsgrund hat, dass also eine Unterscheidung zwischen beiden Arten von Kindern Ulpian nicht im Auge haben kann.

Was den praktischen Wert dieser Unterscheidung anlangt, so können wir auch hierin mit der von uns angefochtenen Meinung uns nicht einverstanden erklären: Eine so hoch entwickelte Moral gab es bei den Römern nicht, dass die Angabe einer Schätzungssumme ihr sittliches Empfinden verletzt hätte. Schwierig war es vielleicht, den Wert eines Kindes in Geld anzugeben, aber es muss doch möglich gewesen sein, denn der Vater konnte sowohl seine leiblichen als auch seine Adoptivkinder verkaufen.

Die Worte: „ex iure Quiritium" auf welche die eben bekämpfte Meinung sich stützte, indem sie dieselben als die adiecta causa auffasste, lassen sich

vielleicht so erklären (v. Claparède S. 27): Lautete die intentio der formula nur: si paret L. Titium L. Titii filium esse, so ist dieselbe nicht genau gefasst, denn aus dem „filium esse" geht nicht hervor, ob derselbe noch unter väterlicher Gewalt steht, oder nicht. Diese muss genauer bezeichnet werden. Lautet die intentio: si paret L. Titium in potestate L. Titii esse so ist das Klagbegehren ebenfalls nicht genügend ausgedrückt, denn unter der potestas stehen auch Sklaven: Caius I. 52.: apud omnes gentes animadvertere possumus servos in potestate dominorum esse. Fügt man aber zu „potestas" „ex iure Quiritium" hinzu, so ist das Begehren des Vaters ausreichend klar, denn unter potestas ex iure Quiritium stehen nur Kinder. Caius I. 55: filiorum vero potestatem modo apud Romanos, vel apud Galatos quoque invenimus.

III. Die interdicta de lib. ducendis und exhibendis und ihr Verhältnis zu einander.

Wie wir oben hervorgehoben haben, scheint immerhin die vindicatio adiecta causa selten benutzt worden zu sein. Die Hauptmittel, mit denen das Recht auf Herausgabe verwirklicht wurde, sind die Interdikte.

Weshalb sind diese eingeführt worden? Würde nicht die actio ad exhibendum dem Vater die Herausgabe seiner Kinder gewährleisten? (Demelius S. 246.) Die Frage beantwortet sich daraus, dass die actio ad exhibendum Eigentum auf Seiten des Klägers voraussetzt, mithin das Streitverhältnis eine Sache zum Gegenstande haben muss. Eine Sache sind aber die Kinder nicht, wie wir oben S. 6 erörtert haben. Da hat man denn zu den Interdikten gegriffen.

Wollte ein Vater die Herausgabe seines Hauskindes von einem Dritten betreiben, so wandte er

sich an den Prätor, der einen diesbezüglichen Befehl, ein interdictum, erliess. Derselbe hat nach l. 1. § 1. und nach l. 3. pr. D. 43. 30 zwei Formen des Wortlautes: (Lenel ed. perp. § 262.)

1. Ait praetor, qui quaeve in potestate Lucii Titii est, si is eave apud te est, dolove malo tuo factum est, quominus apud te esset, ita eum eamve exhibeas.

2. Deinde ait praetor, si Lucius Titius in potestate Lucii Titii est: quominus Lucio Titio ducere liceat, vim fieri veto.

Aus dieser Fassung der Interdikte ergiebt sich (Glück I S. 101 u. S. 61), dass das Gewaltverhältnis die thatsächliche Voraussetzung ihrer Anwendbarkeit bildet. Aktiv legitimiert ist der Inhaber der patria potestas. Diese Interdikte sind also recht eigentlich die Mittel, welche dem Inhaber der patria potestas zu seinem Rechte verhelfen (Glück II S. 403).

Passiv legitimiert ist nach dem ersten Interdikte derjenige, „apud quem" das Kind sich befindet, also derjenige, welcher dasselbe festzuhalten in der Lage ist (Glück I. S. 343), oder „dolo malo" bewirkt hat, dass das Kind nicht mehr bei ihm sich aufhält. Auf diesen zweiten Fall der Passivlegitimation werden wir gleich noch einmal zurückkommen.

Die Fassung des zweiten Interdiktes „vim fieri veto" bezeichnet als passiv legitimiert denjenigen, welcher dem „ducere" des Gewalthabers eine „vis" entgegensetzt. Als vis charakterisiert sich aber nicht blos die Anwendung roher Gewalt gegen den parens (Glück I S. 204), sondern auch jede Handlung, durch welche demselben bei der Ausübung seiner ihm zustehenden Befugnis, dem Heimführen seines Kindes, Widerstand zu bereiten versucht wird.

l. 3. § 1. D. 43. 30 kennzeichnet das Verhältnis der beiden Interdikte zu einander und ihre Verschiedenheit mit den Worten: superiora interdicta exhibitoria sunt, hoc est, pertinent ad exhibitionem liberorum ceterorumque, de quibus superiora diximus: hoc autem interdictum pertinet ad ductionem, ut ducere quis possit eos, in quos habet ius ductionis.

Das interd. de lib. exhib. geht also auf Exhibition, es ist ein sogenanntes exhibitorisches Interdikt. Was ist darunter zu verstehen? Ulpian definiert den Begriff in lib. 71 ad ed.: ait praetor „exhibeas", exhibere est in publicum producere et videndi tangendique hominis facultatem praebere . . . (Glück III S. 242 Anm. 15.) Danach bezweckt dieses Interdikt Vorzeigung des Kindes, damit der Vater Gelegenheit erhält, dasselbe „sinnlich wahrzunehmen" (Glück I S. 202), sich über die Identität zu vergewissern. Wird dem Vater bei der Heimführung des Kindes von einem dritten, sei es derjenige, gegen den das interd. de lib. exhib. angestellt wurde, sei es ein Anderer —, in der oben bezeichneten Weise Widerstand geleistet, so erwirkt der Vater das interd. de lib. duc., um diesen Widerstand zu brechen. Dieses Interdikt ist also prohibitorischer Natur.

Aus dem sich in solcher Weise kennzeichnenden Verhältnis der beiden Interdikte zu einander ergiebt sich, dass das erste vorbereitend für das zweite wirkt, was auch ganz deutlich die Fortsetzung der l. 3 § 1 ausdrückt: itaque prius interdictum, quod est de liberis exhibendis, praeparatorium est huius interdicti (Roth u. Meibom S. 483).

Eine Besonderheit zeigt das interd. de lib. exhib. noch darin, dass es auch gegen denjenigen geht, welcher das Kind gehabt hat, aber dolo malo dieses Haben aufgegeben hat. Dieser Unterschied der beiden Interdikte erklärt sich aus ihrer Natur, denn das exhibere setzt eine exhibendi facultas voraus,

und zur Strafe geht es auch gegen den, welcher dolo malo sich dieser exhibendi facultas beraubt hat, während das interdictum de lib. duc. nur bestimmt, den der Heimführung des Kindes entgegengesetzten Widerstand zu brechen, ein „Haben" des Kindes auf Seiten des Beklagten nicht unbedingt erfordert, wenn gleich de facto dieses häufig der Fall sein wird.

Wir finden die Meinung, dass das interd. de lib. exhib. restitutorischer Natur sei, vertreten (Brinz S. 607, Entsch. d. R.-G. Bd. 10, S. 115); auch das interd. de lib. exhib. bezwecke faktische Ueberlassung des Kindes, nicht blosse Vorzeigung. Diese Ansicht stützt sich augenscheinlich auf die Worte l. 1. § 2.: sed omnimodo restituendum putavit, si in potestate est. Diese Ansicht hat die Anerkennung einer possessio am Kinde zur Voraussetzung, denn anderen Falls kann man von einem „restituere" nicht sprechen. Aber gerade aus dem Grunde, aus welchem oben keine vei vindicatio gegen den Dritten gegeben wurde, welcher das Kind vorenthielt, wird auch hier ein Interdikt nicht auf Ueberweisung erteilt, denn ein freier Mensch kann nicht Objekt einer Restitution sein (Demelius S. 248). Die Worte: „omni modo restituendum putavit" lassen sich daher nur erklären als „nachlässige Ausdrucksweise Ulpians oder als ein Fehler der Abschreiber." (Schmidt, Interdikten verf. S. 49, Anm. 27.)

B. Die Geltendmachung des Rechtes auf Herausgabe im gemeinen Recht und im Bürgerlichen Gesetzbuch.

Aus der Thatsache, dass die römische patria potestas nicht in ihrem ganzen Umfange bei uns eingeführt ist, vor allem aus der Thatsache, dass das deutsche Recht niemals ein dem Eigentum analoges Recht des Vaters über seine Kinder gekannt hat, folgt, dass im gemeinen Recht von einer vindicatio

keine Rede mehr sein kann.[6]) (Kraut S. 626, Göschen S. 153, Sarwey Bd. 32, S. 48, Glück Bd. 2, S. 271.)

Hingegen waren die Interdikte noch für anwendbar zu halten, wenngleich die processualen Besonderheiten des römischen Rechtes natürlich völlig beseitigt sind. Aktiv legitimiert ist derjenige der Ehegatten, welcher den Beweis seines Erziehungsrechtes erbringt und nach B. G. B. derjenige, welcher beweisen kann, dass ihm die Sorge für die Person des Kindes zusteht. (Kraut S. 226, Sintenis Civil-R. S. 121, Anm. 7, Strippelmann S. 99.)

Nicht selten ergeht vor Anstellung der Klage auf Herausgabe ein Antrag auf polizeiliche Hülfe zur Durchführung des Anspruchs (Strippelmann S. 99). Erst wenn diesem Antrage von Seiten des Dritten vorläufig begründet erscheinende Einwendungen entgegengesetzt werden, wendet sich der Betreffende, sei es der Vater oder die Mutter, an das Gericht. Nach B. G. B. ist das Mittel einer solchen polizeilichen Hülfe gegen den Dritten nicht gegeben, da Bestimmungen hierüber nicht getroffen sind. Die Motive Bd. IV, S. 754 und Protokolle S. 547 u. 549 sprechen allerdings von polizeilicher Hülfe, aber nur für den Fall, dass das Kind selbst widerspenstig ist (siehe Anm. 10).

4. Abschnitt.

Einreden[7]) gegen das geltendgemachte elterliche Recht auf Herausgabe der Kinder.

A. Aus der Beendigung der väterlichen, beziehungsweise elterlichen Gewalt.

Dem Dritten, welcher auf Herausgabe verklagt wird, können Verteidigungsmittel zu Gebote stehen, welche den Anspruch auf Herausgabe der Kinder

aufheben. Der Beklagte kann geltend machen, dass sein Vorenthalten kein widerrechtliches ist. Diese Einrede kann sich darauf stützen, dass dem Kläger das Erziehungsrecht, beziehungsweise die Sorge für die Person des Kindes überhaupt nicht zustehe und damit nicht mehr das Recht der Herausgabe. Diese Rechte gehen mit Erlöschen der väterlichen, respektive elterlichen Gewalt unter.

Im römischen Recht erlischt die väterliche Gewalt und damit das Recht auf Herausgabe durch emancipatio des Kindes, welches im allgemeinen bis zu seinem Tode unter väterlicher Gewalt steht. Durch Erreichung bestimmter hoher Würden wird die väterliche Gewalt über das Kind ebenfalls beendigt. Drittens wird der väterlichen Gewalt über das Kind bei gewissen schweren Vergehen des Vaters gegen dasselbe ein Ende bereitet: c. 2. C. 8. 52, c. 6. C. 11. 40, Novelle 12. c. 2.

Im gemeinen Recht ist die römische emancipatio zwar aufgenommen und zulässig, aber sehr selten (Dernburg Bd. 3, S. 61). Nach deutschem Rechte stehen, wie wir sahen, die Kinder im Schutz und in der Pflege des Vaters, demzufolge hört diese väterliche Vormundschaft dann auf, wenn sie zwecklos geworden ist: bei Söhnen mit Einrichtung eines eigenen Hausstandes, einer separata oekonomia, deren Errichtung der Vater nach Eintritt der Volljährigkeit des Kindes nicht hindern kann. Bei Töchtern erlischt die väterliche Gewalt mit der Verheiratung.

Das B. G. B. hat der elterlichen Gewalt und damit dem Rechte der Herausgabe mit Erreichung der Volljährigkeit der Kinder ein Ende gesetzt: § 1626. Diese tritt nach § 2 mit dem 21. Lebensjahre ein, kann jedoch nach Massgabe der §§ 3, 4, 5 schon früher erklärt werden, falls der Minderjährige nur das 18. Lebensjahr vollendet hat. Entsprechend der S. 2 ausgeführten Begründung

einer elterlichen Gewalt durch Adoption auf Seiten der Annehmenden wird durch die Adoption die elterliche Gewalt der leiblichen Eltern des Adoptivkindes beendet: § 1765. Das Erlöschen der elterlichen Gewalt durch Verwirkung derselben haben wir schon oben S. 27 erörtert.

B. Einreden gewisser naher Familienmitglieder.

I. Des Ehemannes der Tochter.

1. Im römischen Recht.

Nach römischem Recht erzeugte die Verheiratung der Tochter eine Einrede gegen den Vater, welcher die Herausgabe dieser Tochter verlangte; die Einrede stand dem Schwiegersohn zu: l. 1. § 5. D. 43. 30. Wie wir oben sahen, ging die väterliche Gewalt über die Tochter mit ihrer Heirat nicht verloren; daraus folgt, dass diese Einrede im römischen Recht nicht von unbedingter Wirksamkeit sein konnte, da die gewaltige Macht der patria potestas sich zur Geltung bringen musste. Es scheint auch die väterliche Gewalt in der Lage gewesen zu sein, den Sieg über die Einrede der Verheiratung davon tragen zu können, wofür die Worte: „quod tamen sic erit adhibendum, ut patri persuadeatur ne acerbe patriam potestatem exerceat" – uns einen Beweis geben.

Es wird allerdings behauptet (Glück Bd. 26, S. 256 ff), die Worte: „quod tamen sic erit adhibendum ut . . . . . ." gingen nur auf die Form, in welcher der Judex bei dem Interdikt verfahren sollte: zeigte sich der Vater einem persuadere unzugänglich, so brächte das certum ius sich zur Geltung und der Vater würde mit seiner Klage abgewiesen. Begründet wird diese Auslegung damit, dass Hermogenian in l. 2. D. 43. 30 dem Ehemann sogar eine Klage gegen den Vater seiner

Frau gäbe, dass also eine Einrede zweifellos durchführbar sei.

Diese Darlegung hat unseres Erachtens den Fehler, dass von der Stelle Hermogenians auf diese Stelle l. 1 § 5 geschlossen worden ist, dergestalt, das aus dem Vorhandensein einer Klage bei Hermogenian hier die Existenz einer sicher durchführbaren Einrede bewiesen werden soll. Es ist allerdings zuzugeben, das aus dem Dasein einer Klage im allgemeinen auch das Vorhandensein einer wirksamen Einrede sich annehmen lässt, dass also Hermogenian diese Einrede wohl als sicher wirkend gegeben haben würde, — Ulpian hat das aber nicht gethan (Claparède S. 8).

2. Im gemeinen Recht und B. G. B.

Im gemeinen Recht bildet die Verheiratung der Tochter, wie wir S. 40 sahen, einen Beendigungsgrund der väterlichen Gewalt, und deshalb geht dem Vater beziehungsweise der Mutter das Recht der Herausgabe verloren.

Das B. G. B. lässt allerdings die elterliche Gewalt über die Tochter durch deren Heirat nicht aufhören, aber nach § 1633 steht in diesem Falle das Recht auf Herausgabe der Tochter den Eltern nicht mehr zu.

II. Einrede der Mutter.

1. im römischen Recht.

Im römischen Recht begründete sich für die Mutter, welche sich von ihrem Ehegatten getrennt und das Kind bei sich hatte, dem Vater gegenüber, welcher mit dem interdictum de lib. exhib. vel duc. gegen sie klagte, eine Einrede, dass sie das „retinere“ „iustissima causa“ ausübe: l. 1. § 3 D. 43. 30: si vero mater sit, quae retinet, apud quam magis quam apud patrem morari filium debere, ex iustissima scilicet causa, Divus Pius decrevit . . .

aeque subveniendum ei erit per exceptionem. Diese iustissima causa ist nach l. 3 § 5 die „nequitia patris". In solchem Falle der „nequitia" darf die Mutter sich dem Anspruch des Vaters widersetzen, ohne dass aber die patria potestas eine Einschränkung erlitte: „sine deminutione patriae potestatis": l. 3 § 5.

Wie wir oben S. 7 erwähnten, war das der Mutter von der Natur zugewiesene ius educationis vollkommen in der patria potestas aufgegangen. In den eben citierten leges kann man einen einzig dastehenden Fall des Durchbruchs des mütterlichen Erziehungsrechtes dem Vater gegenüber, erblicken.

2. Im gemeinen Recht.

Die Mutter hat im gemeinen Recht dieselbe Pflicht, wie der Vater für das Gedeihen und die Wohlfahrt des Kindes zu sorgen. Im Falle, dass sie getrennt von ihm lebt und das Kind bei sich hat, kann sie dem Vater, der das Interdikt gegen sie anstellt, aus dem Wohle des Kindes eine Einrede entgegensetzen, dass für dasselbe durch seinen Aufenthalt bei dem Vater eine Gefahr — sei es für sein körperliches, sei es sein geistiges Wohl — entstände (Seuffert Bd. 25, S. 55).

Die Quellen sprechen nur von einer nequitia patris, einer moralischen Unfähigkeit des Vaters die Erziehung zu leiten. Man ist aber wohl berechtigt anzunehmen, dass der Mutter ebenfalls eine Einrede aus dem etwa vorhandenen physischen Unvermögen des Vaters gegeben ist (Burchardi S. 175 ff.). Denn ist derselbe zum Beispiel wahnsinnig oder hat er andere schwere körperliche Gebrechen (Sintenis Civilrecht S. 125, Anm. 28), so ist nicht einzusehen, weshalb in einem solchen Falle das Wohl des Kindes, welches ja doch bei dieser Einrede das einzig ausschlaggebende Moment ist, weniger bedroht sein soll. In derselben Weise, wie für das Vermögen

eines solchen Menschen vom Staate gesorgt wird, in derselben Weise ist mit Recht auch eine Sorge für die Wohlfahrt des Kindes zu fordern, aus welchem Grunde zunächst der Mutter eine exceptio gewährt wird.

3. Im Bürgerlichem Gesetzbuch.

Das B. G. B. behandelt im § 1634 die Fürsorge der Mutter neben der des Vaters offenbar nur während des Zusammenlebens der Ehegatten. Da die nur thatsächliche Trennung vom Recht nicht anerkannt wird, sind auch keine besonderen Bestimmungen darüber getroffen, und man darf wohl daraus schliessen, dass der Mutter die erwähnte Einrede nicht zusteht; im Falle der Gefährdung des Kindes, zum Beispiel weil dasselbe die mütterliche Pflege noch nicht entbehren kann, oder weil aus anderen Gründen eine Gefahr für das Kind durch seinen Aufenthalt beim Vater erwächst, wird die Mutter ihre Bedenken der Vormundschaftsbehörde mitteilen müssen, damit diese gemäss § 1666 ihre Anordnungen trifft (Endemann S. 860, Anm. 2).

C. Unzulässige Einreden.

I. Einrede der Verjährung.

Das elterliche Recht auf Herausgabe der Kinder gehört dem reinen Familienrechte an. Das elterliche Recht ist wie schon der Name sagt höchst persönlich, das heisst, an diese beiden Personen geknüpft und daher unveräusserlich und unvererblich.[8]) Daraus folgt, dass die Klage aus diesem Recht nicht der Verjährung unterliegt, mithin eine Einrede aus derselben nicht gegeben ist.

Im B. G. B. § 194, Abs. 2: „Der Anspruch aus einem familienrechtlichen Verhältnis unterliegt der Verjährung nicht, soweit er auf die Herstellung des dem Verhältnis entsprechenden Zustandes für die Zukunft gerichtet ist".

II. Einrede eines Dritten aus dem Interesse des Kindes.

Der Klage auf Herausgabe der Kinder lässt sich nicht von dem Beklagten eine Einrede entgegensetzen des Inhalts, das Kind sei bei ihm besser aufgehoben als bei den Eltern. l. 1. § 2. D. 43. 30: in hoc interdicto non admittit proetor causam, cur apud eum sit is, qui exhiberi debet. Der Beklagte kann also unter anderem nicht einwenden, der Vater sei nicht in der Lage, sein Kind ernähren zu können (Strippelmann S. 113, Fall Nr. 7). Ferner kann der Beklagte auch nicht Einreden derart, dass der Vater das Kind misshandle, dass er physisch oder moralisch nicht zur Erziehung geeignet sei, geltend machen. Solche Einreden stehen im gemeinen Recht lediglich der Mutter zu, für welche allein eine Ausnahme von dem sonst herrschenden Grundsatz: causa non admissa cur apud eum sit . . durch die Worte, welche diesen folgen: si vera mater sit — zugelassen ist.

Wie wir vorhin sahen, wird diese Einrede aus dem Wohle des Kindes im B. G. B. nicht einmal der Mutter gewährt, also viel weniger noch dritten Personen. Sie können lediglich, ebenso wie die Mutter, wenn der Thatbestand des § 1666 vorliegt, das Einschreiten der Vormundschaftsbehörde veranlassen.

III. Einrede eines Retentionsrechtes am Kinde.

Wir haben oben S. 6 dargelegt, dass ein Besitz an einem Menschen nicht möglich ist. Daraus folgt, dass der Beklagte ein Rententionsrecht am Kinde für Aufwendungen auf dasselbe nicht geltend machen kann (Strippelmann, S. 112, Fall 6). Fordert also der Berechtigte sein Kind von dem Dritten, so kann dieser nicht unter dem Hinweis, er habe noch für Nahrung oder Kleidung eine bestimmte Summe von dem Kläger zu beanspruchen, die Auslieferung

verweigern. Das Kind ist vielmehr unverzüglich herauszugeben, unbeschadet natürlich des Rechtes des Beklagten, seine Ansprüche gerichtlich geltend zu machen.

Da ebenfalls das Bürgerliche Gesetzbuch den Besitz eines Menschen für unmöglich betrachtet, so bleiben dieselben Grundsätze, wie sie eben erörtert wurden, massgebend (Endemann, S. 862, Anm. 17).

IV. Einrede des freiwilligen Aufenthaltes des Kindes.

Der Beklagte, derjenige, bei welchem das Kind sich aufhält, wendet gegen die Klage auf Herausgabe ein, der Aufenthalt des Kindes bei ihm sei ein freiwilliger. Ist die Klage in diesem Falle doch zulässig, oder ist die Einrede stichhaltig?

l. 5. D. 43. 30: si filius sua sponte apud aliquem est, inutile hoc interdictum erit: quia filius magis apud se, quam apud eum est, in quem interdicetur, cum liberam facultatem abeundi vel remanendi haberet: [nisi si inter duos, qui se patres dicerent, controversia esset, alter ab altero exhiberi eum desideraret].

Hiernach scheint die Annahme gerechtfertigt, dass im Falle des freiwilligen Aufenthalts die Interdikte nicht gegeben sind, da hier eine Ausnahme von dem l. 1 § 2 aufgestellten Grundsatze gemacht zu sein scheint (Glück 2, S. 239, Seuffert 31, No. 246, Wendt S. 326).

In der That hat man aus dem Zusammenhange der l. 5, indem man sich auf den Schlusssatz: „nisi si inter duos . . etc. stützte, den Schluss gezogen, dass die Interdikte gegen denjenigen, bei welchem das Hauskind sua sponte sich befinde, im allgemeinen nicht für anwendbar zu halten seien, nur dann könnten sie gebraucht werden, wenn der Dritte eigene patria potestas über das Kind behaupte (Glück Bd. I, S. 345). Einen Haupt-

punkt aus dieser Ansicht müssen wir hervorheben, um ihre Unhaltbarkeit darzulegen zu versuchen:

Sobald der Dritte ein eigenes Recht nicht beanspruche und der Aufenthalt des Kindes bei ihm ein unfreiwilliger sei, liege eine Verletzung des gegnerischen Rechtes von seiten des Dritten vor.

Diese Behauptung legt ein grosses Gewicht lediglich auf die „Freiwilligkeit" des Aufenthaltes des Hauskindes bei dem Dritten, unseres Erachtens mit Unrecht. Denn man denke sich den Fall, dass das Kind seinem väterlichen Gewalthaber entläuft, von einer dritten Person eingefangen wird, welche nicht ein eigenes Recht auf Zurückhalten beansprucht, sondern das Kind seinem Vater wieder zuführen will, — wie kann man da von einer „Verletzung des gegnerischen Rechtes" auf Seiten des Dritten reden, der gerade dem Vater zu seinem Rechte verhelfen will?

Der Schwerpunkt liegt eben nicht in der „Freiwilligkeit", sondern in dem „Beanspruchen eines eigenen Rechtes auf Zurückbehalten", insofern dieses „Beanspruchen" eine Verletzung des väterlichen Rechtes bedeutet, gegen die dasselbe durch die Interdikte reagiert.

Unserer Auffassung nach lässt sich l. 5 sehr wohl mit l. 1. § 2 vereinigen, derart, dass die Interdikte Anwendung finden, auch wenn das Kind sich freiwillig bei einem Dritten aufhält.

Man hat gemeint (Demelius S. 247, Strippelmann S. 98), dass die l. 5 sich nur auf das interd. de lib. exhib. beziehe, indem man sich vielleicht darauf stützt, dass im Schlusssatz das Wort „exhiberi" steht und deshalb das interd. de lib. duc. als nicht durch die Ausnahme von dem Grundsatz l. 1 § 2 betroffen, angesehen wird. — Diese Auffassung können wir nicht verwenden, um darauf

unsere Behauptung zu stützen; denn l. 3 § 2 sagt: „ex hisdem causis hoc interdictum (ad ducendum) tribuendum est, ex quibus causis de exhib. liberis competere diximus“ — und giebt damit eine so enge Verbindung der beiden Interdikte hinsichtlich ihrer Begründung zu erkennen, dass kein Grund vorliegen kann, die l. 5 nur auf das interd. de lib. exhib. zu beziehen. Sie bezieht sich vielmehr auf beide Interdikte. Die Begründung unserer Ansicht: aus dem freiwilligen Aufenthalt lasse sich keine Einrede ohne weiteres ableiten, ist dagegen folgende:

Die l. 5 lässt nur dann eine Ausnahme von der Anwendung der Interdikte zu, wenn ein Eingreifen in die Rechte des parens auf Seiten des Dritten durch irgend ein positives gegen den Willen des parens gerichtetes Thun nicht vorliegt (Strippelmann S. 98). Der Aufenthalt des Kindes kann sehr wohl ein freiwilliger sein, indem der Dritte ihm die facultas remanendi und abeundi gewährt, aber er kann mit Zustimmung des Kindes dem Vater Widerstand leisten und dieser Widerstand ist es eben, welcher das interdictum de lib. duc. erzeugt.

Da also nicht die Freiwilligkeit respektive Unfreiwilligkeit[9]) des Aufenthaltes des Kindes bei einem Dritten, sondern dessen Vorenthalten des Kindes das Interdikt zuständig macht, kommen wir zu der Schlussfolgerung, dass l. 5 nur eine „Erläuterung“ bringt, dergestalt, dass das blosse Gestatten des Aufenthaltes von Seiten des Dritten nicht als Eingriff in die väterlichen Rechte betrachtet werden kann und soll (Strippelmann S. 98). Tritt aber der Dritte irgend wie aus seiner Passivität gegen den Vater hervor, so ist das Interdikt begründet[10]) (Strippelmann, S. 111, Fall 6).

Diese Auffassung unterstützt der Schlusssatz der l. 5: nisi inter duos . . etc. In diesem Falle ist beispielsweise das Interdikt anwendbar, denn bei

einem vorliegenden Streit zwischen zweien, welche beide die väterliche Gewalt prätendieren (vorausgesetzt, dass der, bei dem das Kind freiwillig sich aufhält, nicht der Vater ist) ergiebt sich auf Seiten des Ersteren ein Widerstand gegen den wirklichen Vater.

Dasselbe muss man nach dem B. G. B. annehmen, denn wenn von einem „Vorenthalten" des § 1632, also einer Thätigkeit des Dritten gegen den die Herausgabe verlangenden Teil der Eltern nicht die Rede ist, so mangelt der Klage jegliche Begründung.

V. Einrede eines entgegenstehenden Vertrages.

1. Im gemeinen Recht.

a. Vertrag der Eltern mit einem Dritten.

Die Eltern können ihr Kind einem Dritten zwecks Erziehung oder zwecks Ausbildung in irgend einem Fache überlassen. Aus einem derartigen Vertrage kann nun der Dritte dem später geänderten Entschlusse des parens, das Kind wieder bei sich zu haben, bevor der Vertrag abgelaufen ist, keine Einrede entgegenhalten. Im römischen Recht war eine solche ausgeschlossen durch l. 1, § 2: causa non admissa cur. apud aliquem sit, weil sie eine Schmälerung der patria potestas bewirkt hätte. Dieser Gesichtspunkt kommt auch noch bei uns in Frage, aber der eigentliche Grund, dass diese Einrede unzulässig ist, liegt in der Auffassung, dass den Eltern das Erziehungsrecht als sittliche Pflicht zusteht (Seuffert Bd. 31, S. 26). Wird nun diese den Eltern erwachsende sittliche Pflicht Gegenstand eines Rechtsgeschäftes, derart, dass die Eltern ihr Erziehungsgeschäft einem Dritten dauernd übertragen, so ist ein solcher Vertrag als gegen die guten Sitten verstossend nichtig, und die Eltern können die Herausgabe von dem Dritten daher jederzeit fordern, ohne dass ihnen dieser mit einer Einrede entgegentreten könnte.

Uebertragen dagegen die Eltern die Erziehung des Kindes vorübergehend einem Dritten, indem sie sich damit nicht der sittlichen Pflicht der Erziehung entziehen wollen, so verstösst selbstverständlich nicht der Abschluss des Vertrages gegen die guten Sitten, „wohl aber die Durchführung mittels Rechtszwanges", denn die sittliche Pflicht und das Recht der Eltern, ihre Kinder zu erziehen, erzeugt stärkere Wirkung, als ein Vertrag (Entsch. d. R.-G., Bd. 10, S. 116).

Insbesondere tritt als ein Rechtsgeschäft, das die Eltern zum Nutzen ihrer Kinder abschliessen, der Lehrvertrag in die Erscheinung (Behrend S. 339, Entsch. d. Reichs-Ober-Handelsgerichts IX, S. 280).

Dieser verstösst natürlich nicht gegen die guten Sitten. Will der Vater aus Gründen, die allein bei ihm liegen, vor Ablauf des Vertrages sein Kind von dem Lehrherrn zurückhaben, so kann dieser nicht die Einrede aus dem Vertrage geltend machen. Denn die Rechte der Eltern an ihren Kindern sind unveräusserlich. Daher ist eine Uebertragung dieses höchst persönlichen Rechtes oder auch nur die Uebertragung eines Teiles dieses Rechtes an den Lehrherrn unmöglich, es wird ihm lediglich die „Ausübung gewisser Disciplinarbefugnisse über den Lehrling" eingeräumt (Entsch. d. R.-O.-H.-G. S. 280). Hat darum der Vater später andere Absichten hinsichtlich der Erziehung und Ausbildung seines Kindes, so hat er kraft des in der väterlichen Gewalt enthaltenen Erziehungsrechtes trotz des Vertrages das Recht auf Herausgabe seines Kindes (unbeschadet natürlich des Rechtes des Beklagten, Schadensersatz zu verlangen).

Wir finden die Ansicht (Busch S. 49) aufgestellt, dass der „Inhaber der väterlichen Gewalt nicht willkürlich von dem von ihm selbst geschlossenen Lehrvertrag" abgehen dürfe. Der

Vertrag könne die väterliche Gewalt in dieser Richtung beschränken.

Was die Behauptung des ersteren Satzes anbelangt, so erwidern wir darauf: Mit dem elterlichen Recht auf Erziehung ihrer Kinder steht es in unvereinbarem Widerspruch, wenn ein Dritter auf die Erziehungsabsichten der Eltern irgend welchen Einfluss ausüben darf, dadurch dass ihm freisteht zu untersuchen, ob der Vater auch die von ihm etwa behauptete Vornahme einer Berufsänderung seines Sohnes wirklich durchzuführen beabsichtigt. Es ist garnicht nötig, dass der Vater aus „Laune" von dem Vertrage abgeht, er kann seine sehr begründeten Bedenken haben, sein Kind bei dem Lehrherrn zu lassen, ohne dass er einen Berufswechsel seines Sohnes im Auge hat. Sollen diese Bedenken, die sich vielleicht der Beurteilung des Lehrherrn und jedes Dritten entziehen, Bedenken, von denen vielleicht der Vater garnicht wünscht, dass sie bekannt werden, Gegenstand der Erörtung zwischen Vater und Lehrherrn bilden?

Was den zweiten Satz der gegnerischen Ansicht betrifft, so haben wir schon vorhin ausgesprochen, dass eine Einschränkung der väterlichen Gewalt als eines höchst persönlichen Rechtes, nicht durch einen Vertrag erfolgen kann.

Wird in der bekämpften Meinung weiter behauptet, es wäre von Einfluss, ob der Lehrling den willkürlichen Vertragsbruch nicht gut heisse, sondern bei dem Lehrherrn bleiben, wolle, — so verweisen wir auf unsere Ausführungen über den freiwilligen Aufenthalt.

Schliesslich wird noch hervorgehoben, dass dem Vater, welcher einen Sohn als Knecht vermietet hat, nicht die Befugnis zugestehe, „denselben ohne trifftigen Grund aus dem Dienste zu nehmen" (Busch S. 49). Häufig wird in diesen Fällen, wo der Vater seinen

Sohn als Knecht vermietet, der Sohn zugleich eine separata oeconomia sich erwerben, womit die väterliche Gewalt und das Recht der Herausgabe beendigt ist (Kraut S. 648). Ist eine wirtschaftliche Selbstständigkeit des Hauskindes aber nicht eingetreten, so behält gemäss unserer vorherigen Erörterungen der Vater das Recht der Herausgabe.

b. Vertrag unter Ehegatten.

Wird zwischen den Ehegatten, sie mögen getrennt leben oder geschieden sein, ein Vertrag über die Erziehung der Kinder abgeschlossen, so kommen im wesentlichen dieselben Gesichtspunkte, wie die eben erörterten, zur Frage. Ein solcher Vertrag ist zunächst nicht ungültig, auch wenn er die dauernde Übertragung der Erziehung an den einen Ehegatten bezweckt, denn beide Eltern haben das Recht und die sittliche Pflicht der Erziehung, und entziehen sich derselben durch einen Vertrag nicht (Entsch. d. R. G. Bd. 21, S. 161). Aber man kann demselben keine solche bindende Kraft beimessen, dass er nicht unwirksam würde, wenn die Interessen der Kinder eine Änderung erheischen, denn die Wohlfahrt der Kinder ist ausschlaggebend.

2. Diese Einreden im B. G. B.

Das B. G. B. fasst das elterliche Recht der Fürsorge für die Person des Kindes ebenfalls zugleich als sittliche Pflicht auf und erklärt Verträge über die sittliche Pflicht für nicht bindend, da sie gegen die guten Sitten verstossen. Entgegen der Reichsgerichtsentscheidung Bd. 21, S. 161 erklären die Motive S. 627/28 sogar einen Vertrag über die Sorge für das Kind unter Ehegatten für nichtig, da auf die sittliche Pflicht der Fürsorge für die Kinder nicht verzichtet werden könne. Also sowohl die Mutter, als auch eine dritte Person können nicht

gegenüber der Klage des Vaters auf Herausgabe der Kinder eine Einrede aus der vertragsmässigen Ueberlassung herleiten (Endemann S. 862, Anm. 17, Scherer S. 328).

Aus dem Umstande, dass das im I. Entwurf enthaltene Verbot des Verzichtes auf die Fürsorge für das Kind, also die Unwirksamkeit eines derartigen Vertrages, im B. G. B. gestrichen wurde, ohne dass man in den Entwicklungsstadien des B. G. B. darauf zurückgekommen ist, — aus dieser Thatsache wird der Schluss gezogen (Exius S. 609), dass es zweifelhaft sein könne, ob die Einrede aus einem solchen Vertrage für wirksam gegenüber dem geltend gemachten Recht der Herausgabe anzusehen sei, oder nicht; andererseits folgert man, dass zwischen Ehegatten diese Verträge bindend seien und daraus eine wirksame Einrede begründet würde (Knitschky S. 157).

Unseres Erachtens kann man nach dem Schweigen des B. G. B. weder Zweifel hegen wie Exius, noch viel weniger aber zu der letzten Ansicht sich bekennen. Die Wirksamkeit eines solchen Vertrages widerstreitet der ausdrücklich in den Motiven Bd. IV, S. 627/28 ausgesprochenen Grundanschauung des B. G. B., wie wir sie kurz zuvor erwähnt haben. Man hielt es also für unnötig, über diese Verträge in den späteren Entwicklungsphasen des B. G. B. weiter zu verhandeln und im B. G. B. selbst Bestimmungen darüber zu treffen.

Anhang.

1) Motive S. 736: „Wenn der Vater gestorben ist, so ist es die Mutter, welcher nach der Natur der Dinge die elterliche Schutzpflicht, wie dieselbe bisher von dem Vater ausgeübt wurde, zufällt und es entspricht dieser natürlichen Pflicht, wenn ihr auch rechtlich eine dieser Pflicht entsprechende, der Stellung des Vaters grundsätzlich gleichkommende elterliche Stellung eingeräumt wird".

2) Für das gemeine Recht aufgehoben durch das Reichsgesetz über die Beurkundung des Personenstandes vom 6. II 1875.

3) Im Interesse des katholischen Teiles der Bevölkerung hat das B. G. B. im § 1575 eine Klage auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft, nach Analogie der katholischen separatio quoad thorum et mensam eingeführt. Diese Klage ist aber natürlich nicht auf den katholischen Teil des deutschen Volkes beschränkt.

4) Provisorische Verfügungen waren auch dem römischen Rechte bekannt: l. 3. § 6. D. 43. 30. bestimmt die einstweilige Aufbewahrung von Frauen und unreifen Knaben, wenn ihretwegen ein Streit um die väterliche Gewalt unter gewissen Personen besteht.

5) Sohm S. 361. Ein pater familias wollte einen in anderer väterlicher Gewalt stehenden filius familias adoptieren: Es gab einen Rechtssatz der Zwölftafeln, dass dreimaliger Verkauf eines Sohnes

diesen gewaltfrei mache. Der Vater, welcher die Absicht der Adoption hatte, liess sich den filius des andern pater familias von diesem zweimal verkaufen und liess ihn wieder frei. Nach dem dritten Verkauf trat aber nicht wiederum Freilassung, sondern die Adoptionshandlung in Form der in iure cessio ein: der Adoptivvater trat vor den Prätor mit der vindicatio fili in potestatem und auf das Schweigen oder Zugeständnis des Scheinbeklagten erfolgte der Zuspruch an den Scheinvindikanten. Caius I. 134: „is qui adoptat vindicat apud praetorem suum filium esse".

6) Aus der Unmöglichkeit des Besitzes an einem Menschen ergiebt sich, dass die Spolienklage, welche ein Besitzverhältnis zur Grundlage hat, und welche vielfach angewandt worden ist, unzulässig ist. (Sarwey Bd. 32, S. 44 ff.)

7) Nicht Gegenstand der Erörterung an dieser Stelle bilden die Einreden, welche in den vorhergehenden Ausführungen schon berücksichtigt sind, die Einreden also, welche daraus sich ergeben, dass die Widerrechtlichkeit auf Seiten des Beklagten zum Beispiel ausgeschlossen ist, wenn er nach der Scheidung auf Grund richterlichen Zuspruches des Kindes dieses dem Kläger vorenthält. Ferner ergeben sich Einreden dieser Art, wenn die Obrigkeit nach § 627 d. C. P. O. und nach § 1666 B. G. B. Verfügungen getroffen hat. Selbstverständlich ist auch, dass die Widerrechtlichkeit des Vorenthaltens des Kindes nicht vorliegt, wenn dasselbe im Gefängnis sich aufhält.

8) Im römischen Recht trat der nächste Descendent in die Rechte des Verstorbenen hinsichtlich der patria potestas ein. Befand sich also ein pater familias in der väterlichen Gewalt seines Vaters, so hatte dieser die väterliche Gewalt auch über seine Enkelkinder. Starb der Grossvater, so erwarb sein Sohn die patria potestas über seine eigenen Kinder.

9) Ein Kind ist zum Beispiel in das Haus eines Dritten, ohne dessen Wissen, hineingelaufen. Hier wird es eingeschlossen und muss sich ohne Wissen des Dritten unfreiwillig in dessen Haus aufhalten. Nehmen wir nun an, der Vater wüsste um den Aufenthalt seines Kindes, so wird er doch kein Interdikt gegen den Dritten anstellen können.

10) Es könnte den Anschein haben, als wenn die Ansicht derer, welche die Interdikte bei freiwilligem Aufenthalte des Kindes, um dieser Freiwilligkeit wegen für nicht anwendbar halten, dem Willen des Kindes eine zu grosse Bedeutung beilegt, was der väterlichen Autorität und dem Erziehungsrechte widerstreiten würde. Dieser etwa zu machende Einwurf wird dadurch hinfällig, dass im Falle dem Vater kein Interdikt gegeben ist, er sich im römischen Recht der notio praetoris gegen das Kind und heutzutage polizeilicher Hülfe zur Einbringung desselben bedienen kann.

Dieses lassen die Protokolle IV, S. 547 u. 549, sowie Motive IV, S. 754 erkennen. Der § 1505 der zweiten Lesung (B. G. B. § 1632) enthielt einen Absatz, welcher die Gewährung polizeilicher Hülfe zur Zuruckführung eines flüchtigen Kindes aussprach. Der Absatz wurde nur deshalb gestrichen, „weil der Inhalt dem öffentlichen Rechte angehöre“ (Protokoll IV, S. 547).